

## TRIBUNAL ARBITRAL

**ÍNTEGRA DE COLOMBIA S.A.S., CASTRO TCHERASSI S.A.,  
CIVILIA S.A., OFINSA INVERSIONES S.A.S, EQUIPO  
UNIVERSAL S.A., G4S SECURE SOLUTIONS COLOMBIA S.A  
-G4S- Y MINCIVIL S.A.**

**Vs.**

**AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

## LAUDO ARBITRAL

**(TRÁMITE No. 5393 )**

Bogotá D.C., República de Colombia, 29 de marzo de 2019

Agotado el trámite procesal correspondiente, con observancia de los requisitos que establecen la Constitución Política y las leyes, sin que se advierta causal alguna de nulidad y dentro de la oportunidad para hacerlo, el Tribunal de Arbitramento profiere, en derecho, el Laudo que finaliza el proceso surtido con motivo de las controversias surgidas entre la sociedades **ÍNTEGRA DE COLOMBIA S.A.S., CASTRO TCHERASSI S.A., CIVILIA S.A., OFINSA INVERSIONES S.A.S, EQUIPO UNIVERSAL S.A., G4S SECURE SOLUTIONS COLOMBIA S.A. -G4S- y MINCIVIL S.A.**, de una parte, y la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI-**, de la otra, proceso arbitral distinguido con número de radicación 5393.

## I. ANTECEDENTES

### A. LOS SUJETOS PROCESALES

#### 1. La Parte Convocante

La Parte Convocante y demandada en reconvención está compuesta por las siguientes sociedades, todas ellas integrantes de la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL NORTE DE BOGOTÁ – DEVINORTE**:

**1.1. ÍNTEGRA DE COLOMBIA S.A.S.**, sociedad comercial que según el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido el 4 de julio de 2018 por la Cámara de Comercio de Bogotá<sup>1</sup>, fue constituida mediante documento privado de la Asamblea de Accionistas del 14 de Julio de 2010 e inscrita el 5 de agosto de 2010 bajo el número 01403879, tiene su domicilio en la ciudad

---

<sup>1</sup> Folios 22 a 24, Cuaderno Principal No. 2

de Bogotá, se identifica con el NIT. 900.373.757-1 y su representante legal es el Gerente, cargo que a la fecha de la certificación ejerce la señora María Isabel Giraldo Ángel.

**1.2. CASTRO TCHERASSI S.A.**, sociedad comercial que según el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido el 13 de julio de 2018 por la Cámara de Comercio de Barranquilla<sup>2</sup>, fue constituida mediante Escritura Pública No. 1136 otorgada el 7 de junio de 1960 en la Notaría 4 del Círculo de Barranquilla y ha sido reformada en varias oportunidades. Tiene su domicilio en la ciudad de Barranquilla, se identifica con el NIT. 890.100.248-8 y su representante legal es el Gerente General, cargo que a la fecha de la certificación ejerce el señor Jaime Ignacio Castro Vergara.

**1.3. CIVILIA S.A.**, sociedad comercial que según el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido el 3 de julio de 2018 por la Cámara de Comercio de Bogotá<sup>3</sup>, fue constituida mediante Escritura Pública No. 2180 otorgada el 29 de abril de 1975 en la Notaría 4 del Círculo de Bogotá y ha sido reformada en varias oportunidades. Tiene su domicilio en la ciudad de Barranquilla, se identifica con el NIT. 860.044.466-8. y su representante legal es el Gerente, cargo que a la fecha de la certificación ejerce el señor Jorge Augusto Bernal Varela.

**1.4. OFINSA INVERSIONES S.A.S.**, sociedad comercial que según el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido el 11 de septiembre de 2017 por la Cámara de Comercio de Bogotá<sup>4</sup>, fue constituida mediante Escritura Pública No. 5591 otorgada el 28 de diciembre de 1978 en la Notaría 10 del Círculo de Bogotá y ha sido reformada en varias oportunidades. Tiene su domicilio en la ciudad de Barranquilla, se identifica con el NIT. 860.068.564-5. y su representante legal es el Gerente, cargo que a la fecha de la certificación ejerce el señor Alfonso Enrique Fajardo Machado.

**1.5. EQUIPO UNIVERSAL S.A.**, sociedad comercial que según el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido el 28 de junio de 2018 por la Cámara de Comercio de Bogotá<sup>5</sup>, fue constituida mediante Escritura Pública No. 2926 otorgada el 20 de diciembre de 1979 en la Notaría 5 del Círculo de Barranquilla y ha sido reformada en varias oportunidades. Tiene su domicilio en el municipio de Puerto Colombia, se identifica con el NIT. 890.109.279-7 y su representante legal es el Gerente General, cargo que a la fecha de la certificación ejerce el señor Gabriel Montoya de Vivero.

**1.6. G4S SECURE SOLUTIONS COLOMBIA S.A – G4S** (antes denominada Wackenhut de Colombia S.A.), sociedad comercial que según el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido el 14 de agosto de 2018 por la Cámara de Comercio de Bogotá<sup>6</sup>, fue constituida mediante Escritura Pública No. 2616 otorgada el 1º de septiembre de 1966 en la Notaría 8ª del Círculo de Bogotá y ha sido reformada en varias oportunidades. Tiene su domicilio en la ciudad de Bogotá, se identifica con el NIT. 860.013.951-6 y su representante legal es el Gerente General, cargo que a la fecha de la certificación ejerce el señor Mauricio Gutiérrez Archila.

**1.7. MINCIVIL S.A.**, sociedad comercial que según el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido el 11 de septiembre de 2017 por la Cámara de Comercio de Bogotá<sup>7</sup>, fue constituida mediante Escritura Pública No. 324 otorgada el 10 de mayo de 1982 en la Notaría Única del Círculo de Girardota y ha sido reformada en varias oportunidades. Tiene su domicilio en el municipio de Chía, se identifica con el NIT. 890.930.545-1 y su representante legal es el Gerente, cargo que a la fecha de la certificación ejerce el señor Luis Miguel Isaza Upegui.

---

<sup>2</sup> Folios 1 a 8, Cuaderno Principal No. 2

<sup>3</sup> Folios 19 a 21, Cuaderno Principal No. 2

<sup>4</sup> Folios 59 a 61, Cuaderno Principal No. 1

<sup>5</sup> Folios 25 a 39, Cuaderno Principal No. 2

<sup>6</sup> Folios 48 a 57, Cuaderno Principal No. 2

<sup>7</sup> Folios 55 a 58, Cuaderno Principal No. 1

## 2. Litisconsorte Necesario

Mediante Auto de 18 de diciembre de 2017 el Tribunal ordenó integrar debidamente el contradictorio, con el fin de que quienes intervinieron en la formación del Contrato No. 0664 del 24 de noviembre de 1994 y adquirieron precisas obligaciones en virtud de la suscripción del mismo, pudieran comparecer al proceso en defensa de los derechos e intereses patrimoniales que pudieran eventualmente verse afectados por las decisiones que se adopten en este Laudo Arbitral, para lo cual ordenó la vinculación al proceso, en calidad de litisconsorte necesario de la Parte Convocante, de la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL NORTE DE BOGOTÁ -DEVINORTE-** calidad originada en el Contrato de Conformación de la Unión Temporal del día 21 de noviembre de 1994; esta Unión Temporal está representada por el señor Oscar Eduardo Gutiérrez Campos, según consta en el documento de 12 de septiembre de 2018, mediante el cual se modificó el referido Contrato de Unión Temporal<sup>8</sup>. Se advierte que esta Unión Temporal igualmente comparece a este proceso en calidad de demandada en reconvencción.

Tanto las sociedades convocantes y demandadas en reconvencción como la Unión Temporal vinculada como litisconsorte necesario y demandada en reconvencción están representadas en este proceso por el señor Abogado Francisco Javier López Chaves, según poderes especiales obrantes en el expediente<sup>9</sup>, a quien el Tribunal le reconoció personería por Autos de 18 de diciembre de 2017<sup>10</sup> y 22 de enero de 2018.<sup>11</sup>

## 3. La Parte Convocada

La Parte Convocada y demandante en reconvencción es la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI-** en adelante **ANI**, entidad pública del orden nacional, identificada con el NIT 830.125.996-9 cuya naturaleza jurídica y denominación fue dispuesta por el Decreto 4165 de 3 de noviembre de 2011, bajo la modalidad de Agencia Estatal de Naturaleza Especial, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica, adscrita al Ministerio de Transporte, que tiene su domicilio en la ciudad de Bogotá y es representada por su Presidente. El poder para este proceso fue otorgado por el doctor Alejandro Gutiérrez Ramírez, Gerente de Defensa Judicial de la entidad, quien en tal calidad está facultado para el efecto.

La Parte Convocada es representada en este proceso por el señor Abogado Juan Pablo Estrada Sánchez, según poder especial que obra en el expediente<sup>12</sup> y a quien el Tribunal le reconoció personería por Auto de 22 de enero de 2018, y quien en diferentes oportunidades fue sustituido por el doctor Edwin Albarracín Flórez, a quien el Tribunal le ha reconocido personería en las oportunidades correspondientes.

En consecuencia, advierte el Tribunal que las personas jurídicas que en este proceso arbitral actúan como Convocante y demandada en reconvencción y como Convocada y demandante en reconvencción, así como el litisconsorte necesario, cuentan con capacidad para ser parte, capacidad para comparecer al juicio y se encuentran debidamente representadas.

---

<sup>8</sup> Folios 115 a 121, Cuaderno Principal No. 1

<sup>9</sup> Folios 34 a 38 y 366, Cuaderno Principal No. 1

<sup>10</sup> Acta No. 1, Folios 303 a 311, Cuaderno Principal No. 1

<sup>11</sup> Acta No. 3, Folios 379 a 389, Cuaderno Principal No. 1

<sup>12</sup> Folio 349, Cuaderno Principal No. 1

#### 4. El Ministerio Público

El 25 de octubre de 2017 el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá informó a la Procuraduría General de la Nación sobre la instalación de este Tribunal de Arbitramento<sup>13</sup> y, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 612 del C.G.P., por Auto de 18 de diciembre de 2017, el Tribunal ordenó notificarla del Auto admisorio de la demanda, lo que se cumplió el 5 de enero de 2018<sup>14</sup>. Para los efectos del Decreto 262 de 2000 y lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 45 del C.G.P. y los numerales 1 y 4, literal a), del artículo 46 del mismo estatuto, así como en lo dispuesto por el artículo 49 de la Ley 1563 de 2012, el Ministerio Público designó como su Agente para este proceso a la señora Procuradora 5 Judicial II para Asuntos Administrativos, doctora **Luz Esperanza Forero De Silva**.

#### 5. La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Para dar cumplimiento al inciso tercero del artículo 12 de la Ley 1563 de 2012, el 14 de septiembre de 2017 el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá informó a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado -ANDJE- sobre la iniciación de este trámite arbitral<sup>15</sup> y, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 612 del C.G.P., por Auto de 18 de diciembre de 2017, el Tribunal ordenó notificarle a esta Agencia el Auto admisorio de la demanda, lo que se cumplió el 5 de enero de 2018<sup>16</sup>.

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado no intervino en el proceso.

### B. EL CONTRATO ORIGEN DE LAS CONTROVERSIAS

Las pretensiones planteadas tanto en la demanda arbitral como en la reforma de la demanda de reconvencción tienen relación con la celebración y ejecución del *CONTRATO DE CONCESION NÚMERO 0664 DE 1994*”, celebrado el 24 de noviembre de 1994<sup>17</sup> entre el **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVÍAS** y la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL NORTE DE BOGOTÁ - DEVINORTE**, hoy integrada por las sociedades **ÍNTEGRA DE COLOMBIA S.A.S.**, **CASTRO TCHERASSI S.A.**, **CIVILIA S.A.**, **OFINSA INVERSIONES S.A.S.**, **EQUIPO UNIVERSAL S.A.**, **G4S SECURE SOLUTIONS COLOMBIA S.A. - G4S** y **MINCIVIL S.A.**, el cual, según su Cláusula Primera, tuvo por objeto:

**“CLÁUSULA PRIMERA. OBJETO.** La **UNIÓN TEMPORAL CONCESIONARIA** se obliga a ejecutar según lo establecido por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los estudios, diseños definitivos, las obras de rehabilitación y de construcción, la operación, el mantenimiento y la administración fiduciaria del proyecto vial denominado ‘Desarrollo Vial del Norte de Bogotá’, en el Departamento de Cundinamarca.”<sup>18</sup>

Es pertinente advertir que, en desarrollo de lo previsto en la Resolución No. 03783 del 26 de septiembre de 2003, expedida por el **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS -INVÍAS-** el citado Contrato fue cedido por éste, a título gratuito, al **INSTITUTO NACIONAL DE**

---

<sup>13</sup> Folio 176, Cuaderno Principal No. 1

<sup>14</sup> Folio 333 a 339, Cuaderno Principal No. 1

<sup>15</sup> Folios 94 y 94 reverso, Cuaderno Principal No. 1

<sup>16</sup> Folios 322 y 323, Cuaderno Principal No. 1

<sup>17</sup> Cuaderno de Pruebas No. 1, Folio 2 (CD, que contiene el archivo en medio magnético)

<sup>18</sup> Contrato de Concesión No. 0664 de 1994, p. 4

**CONCESIONES -INCO-**, Establecimiento Público del orden nacional creado por el Decreto 1800 del 26 de junio de 2003,<sup>19</sup> en cumplimiento de lo cual, entre el **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES - INCO** y la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL NORTE DE BOGOTÁ – DEVINORTE** se acordó el 28 de enero de 2004 la modificación del Contrato de Concesión para indicar que donde se señalara **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS** y/o **INVÍAS** se entendería **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES** y/o **INCO** y, en este sentido y para todos los efectos, se debía entender que la entidad contratante era ésta.

Posteriormente, conforme con lo previsto en el Decreto Ley 4165 de 3 de noviembre de 2011, el **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES - INCO**, fue transformado en la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**, Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica, adscrita al Ministerio de Transporte (artículo 1), en dicho Decreto se dispuso que *“Los derechos y obligaciones que a la fecha de expedición del presente decreto tenga el Instituto Nacional de Concesiones –INCO, continuarán a favor y a cargo de la Agencia Nacional de Infraestructura”* (artículo 25).

## C. EL PACTO ARBITRAL

En el párrafo único de la Cláusula Cuadragésima Segunda del Contrato de Concesión No. 0664 del 24 de noviembre de 1994, está contenida la Cláusula Compromisoria, cuyo texto es el siguiente:

**“PARÁGRAFO. - CLÁUSULA COMPROMISORIA.** Las diferencias que se susciten en relación con el contrato, serán sometidas a árbitros colombianos, dos de los cuales serán designados de común acuerdo por las partes y el tercero por la Cámara de Comercio de Bogotá. Se fallará siempre en derecho y el domicilio del tribunal será Bogotá. Las partes convienen en que cuando el laudo infrinja normas de derecho se considerará que ha sido expedido en conciencia y por lo tanto habrá lugar al recurso de anulación previsto en la Ley.”<sup>20</sup>

Es pertinente reiterar que el Contrato de Concesión No. 0664 del 24 de noviembre de 1994, fue celebrado por el **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS -INVÍAS-**, el cual luego fue cedido al **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES -INCO-**, no obstante lo cual ha sido convocada a este proceso como Parte Convocada la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI-**, en virtud de lo dispuesto en el Decreto Ley 4165 de 3 de noviembre de 2011 ya citado, razón por la cual el Tribunal considera que esta Agencia se encuentra amparada por el pacto arbitral y está legitimada para comparecer a este proceso.

Así mismo, tanto la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL NORTE DE BOGOTÁ -DEVINORTE-**, como las Sociedades que actualmente la integran, también están amparadas por el pacto arbitral y están legitimadas para comparecer a este proceso.

Se destaca que en este proceso las Partes no han cuestionado la existencia, validez ni eficacia del pacto arbitral.

---

<sup>19</sup> Diario Oficial No.45.231 del viernes 27 de junio de 2003, pp. 47-49

<sup>20</sup> Contrato de Concesión No. 0664 de 1994, pp. 36 y 37

## D. EL TRÁMITE DEL PROCESO ARBITRAL

### 1. La demanda arbitral

El 12 de septiembre de 2017 las sociedades **Íntegra de Colombia S.A.S., Castro Tcherassi S.A., Civilia S.A., Ofinsa Inversiones S.A.S., Equipo Universal S.A., G4S Secure Solutions Colombia S.A. - G4S y Mincivil S.A.**, por intermedio de Apoderado especial, solicitaron al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá la integración de un Tribunal Arbitral para dirimir sus controversias con la **Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-**, derivadas del Contrato de Concesión No. 0664 de 1994, suscrito el 24 de noviembre de 1994.<sup>21</sup>

### 2. Árbitros

El 3 de octubre de 2017 las Partes, de común acuerdo, designaron como Árbitros a los doctores Jorge Enrique Ibáñez Najar, Miguel Hernando González Rodríguez y Jesús María Carrillo Ballesteros, quienes aceptaron oportunamente.

### 3. Instalación

El Tribunal se instaló el 1º de noviembre de 2017, en sesión realizada en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá;<sup>22</sup> en la audiencia fue designado como Presidente el Árbitro Jorge Enrique Ibáñez Najar y como Secretario Pedro Orlando Garavito Valencia, quien posteriormente aceptó el cargo y tomó posesión del mismo.

### 4. Nulidad de la actuación

Por Auto de 3 de noviembre de 2017 el Tribunal decretó, de oficio, la nulidad de todo lo actuado hasta ese momento y a partir de la Audiencia de Instalación, en consideración a que, como se expuso antes, los Árbitros fueron designados de común acuerdo, cuando según lo previsto en la Cláusula Compromisoria del Contrato de Concesión No. 0664 de 1994, ello debía hacerse en forma mixta, esto es, que dos de los árbitros debían ser designados de común acuerdo por las Partes y el tercer árbitro lo escogería la Cámara de Comercio de Bogotá. Razón por la cual, se ordenó, además, la devolución del expediente al Centro de Arbitraje para que convocara a las Partes a efectos de integrar el panel en los términos establecidos en el pacto arbitral.

### 5. Reconfirmación del Tribunal

En cumplimiento del mecanismo de selección de los integrantes del Tribunal convenido en la cláusula compromisoria, las Partes designaron de común acuerdo a los Árbitros Jorge Enrique Ibáñez Najar y Miguel Hernando González Rodríguez<sup>23</sup> y el 28 de noviembre siguiente, mediante sorteo público, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá seleccionó al Árbitro Jesús María Carrillo Ballesteros. Los Árbitros manifestaron su aceptación oportunamente.

---

<sup>21</sup> Folios 1 a 33, Cuaderno Principal No. 1

<sup>22</sup> Acta No. 1, folios 179 a 188, Cuaderno Principal No. 1

<sup>23</sup> Folio 252 a 254, Cuaderno Principal No. 1

## 6. Instalación

El Tribunal así reintegrado se instaló el 18 de diciembre de 2017, en sesión realizada en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá;<sup>24</sup> en la audiencia fue nuevamente designado como Presidente el Árbitro Jorge Enrique Ibáñez Najar y como Secretario Pedro Orlando Garavito Valencia, quien luego aceptó el cargo y tomó posesión del mismo<sup>25</sup>.

## 7. Admisión de la demanda

En la audiencia de instalación el Tribunal, entre otros, reconoció personería al señor Apoderado de la Parte Convocante y fijó su sede. Además, por reunir los requisitos formales previstos en el estatuto procesal, admitió la demanda, ordenó notificar y correr traslado de ella; así mismo, el Tribunal ordenó la vinculación a este proceso de la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL NORTE DE BOGOTÁ -DEVINORTE-**, en calidad de litisconsorte necesario de la Parte Convocante.

## 8. Notificación del Auto admisorio de la demanda

Posesionado el Secretario, procedió a notificar a la Parte Convocada, al Litisconsorte Necesario, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado el Auto admisorio de la demanda, actuación que se surtió el 5 de enero de 2018<sup>26</sup>.

## 9. Recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda

El 11 de enero de 2018 la entidad Convocada, por intermedio de apoderado judicial, presentó recurso de reposición en contra del Auto admisorio de la demanda<sup>27</sup>.

Por Auto de 22 de enero siguiente y luego de surtido su traslado, el Tribunal declaró infundado el recurso de reposición y, en consecuencia, confirmó en todas sus partes el Auto admisorio de la demanda proferido el 18 de diciembre de 2017<sup>28</sup>.

## 10. Coadyuvancia

El 15 de enero de 2018 el señor Apoderado de la Unión Temporal citada como Litisconsorte Necesario, radicó memorial en el cual manifestó: *“coadyuvo todas las actuaciones adelantadas por todas y cada una de las Sociedades partícipes de la Unión Temporal Devinorte, en calidad de convocantes, al interior del Proceso Arbitral”*<sup>29</sup>.

## 11. Contestación de la demanda arbitral y formulación de Reconvención

El 26 de marzo de 2018 el señor Apoderado judicial de la **Agencia Nacional de Infraestructura**

---

<sup>24</sup> Acta No. 1, folios 303 a 311, Cuaderno Principal No. 1

<sup>25</sup> Acta No. 2, Folio 321, Cuaderno Principal No. 1

<sup>26</sup> Folios 322 a 344, Cuaderno Principal No. 1

<sup>27</sup> Folios 346 a 348, Cuaderno Principal No. 1

<sup>28</sup> Acta No. 3, Folios 379 a 389, Cuaderno Principal No. 1

<sup>29</sup> Folio 365, Cuaderno Principal No. 1

-ANI- contestó en tiempo la demanda arbitral, se opuso expresamente a las pretensiones, se pronunció sobre los hechos, propuso excepciones de mérito, objetó el juramento estimatorio, formuló petición de pruebas<sup>30</sup> y, además, en escrito separado presentó demanda de reconvencción.<sup>31</sup>

## 12. Inadmisión, subsanación y admisión de la demanda de reconvencción

Por Auto de 6 de abril de 2018 el Tribunal inadmitió la demanda de reconvencción<sup>32</sup> y el 16 de abril siguiente la Parte Convocada la subsanó<sup>33</sup>, luego de lo cual por Auto de 19 de abril de 2018 ésta fue admitida, por lo que se ordenó su notificación y traslado<sup>34</sup>. La anterior decisión contó con salvamento parcial de voto por parte del Árbitro Jorge Enrique Ibáñez Najar.

## 13. Recurso de reposición contra el auto admisorio de la reconvencción

El 20 de abril de 2018 el señor Apoderado de la Parte Convocante interpuso recurso de reposición en contra del Auto admisorio de la demanda de reconvencción, en cuanto a la vinculación del litisconsorte necesario de la Parte Convocante como reconvenido; luego de surtido su traslado, el Tribunal por decisión mayoritaria, en providencia de 21 de mayo siguiente confirmó el Auto que admitió la demanda de reconvencción<sup>35</sup>. El Árbitro Jorge Enrique Ibáñez Najar igualmente salvó su voto respecto de esta decisión.

## 14. Contestación a la demanda de reconvencción

El 25 de mayo de 2018 el señor Apoderado de las sociedades que ahora integran la Unión Temporal Devinorte presentó oportunamente la contestación a la demanda de reconvencción, propuso excepciones de mérito y solicitó pruebas<sup>36</sup>.

A su vez, el 28 de mayo de 2018 el señor Apoderado de la Unión Temporal citada como Litisconsorte Necesario, radicó memorial en el cual manifestó que ésta *“hace suya la absoluta integridad de las manifestaciones de todos y cada uno de los Partícipes de la Unión Temporal Devinorte vertidas en el escrito de contestación de la demanda de reconvencción radicada el día 25 de mayo de 2018”* y, además, renunció al restante término de traslado.<sup>37</sup>

## 15. Traslado de la objeción del juramento estimatorio y de las mutuas excepciones de mérito propuestas

Por Auto de 30 de mayo de 2018 el Tribunal corrió traslado de la objeción formulada por la ANI al juramento estimatorio contenido en la demanda, así como de las mutuas excepciones de mérito propuestas por las Partes y fijó el 15 de junio siguiente para llevar a cabo la audiencia de conciliación.

El 1º de junio siguiente el señor Apoderado de las sociedades convocantes y de la Unión Temporal Devinorte describió el traslado de la objeción propuesta por la entidad convocada contra el

---

<sup>30</sup> Folios 394 a 419, Cuaderno Principal No. 1

<sup>31</sup> Folios 420 a 456, Cuaderno Principal No. 1

<sup>32</sup> Acta 4, folios 457 a 465, Cuaderno Principal No. 1

<sup>33</sup> Folios 471 a 476, Cuaderno Principal No. 1

<sup>34</sup> Acta No. 5, Folios 499 a 502, Cuaderno Principal No. 1

<sup>35</sup> Acta No. 6, Folios 509 a 511, Cuaderno Principal No. 1

<sup>36</sup> Folios 526 a 567 y 569, Cuaderno Principal No. 1

<sup>37</sup> Folio 568, Cuaderno Principal No. 1



juramento estimatorio contenido en la demanda arbitral<sup>38</sup>.

## 16. Reforma de la demanda de reconvención

El 15 de junio de 2018 la **Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-** presentó oportunamente reforma integrada de la demanda de reconvención<sup>39</sup>, la cual fue admitida por Auto de esa misma fecha<sup>40</sup>, que ordenó su notificación y traslado. Además, se canceló la audiencia programada para esa fecha y otorgó a la **ANI** un plazo de 30 días para aportar el experticio anunciado en la reforma de la demanda de reconvención.

## 17. Contestación de la reforma de la demanda de reconvención

El 20 de junio de 2018 el señor Apoderado de las sociedades que actualmente integran la **Unión Temporal para el Desarrollo del Norte de Bogotá -DEVINORTE-** contestó la reforma de la demanda de reconvención, mediante la cual se opuso a todas y cada una de las pretensiones, formuló excepciones de mérito y pidió pruebas<sup>41</sup>.

En la misma fecha, 20 de junio de 2018, el señor Apoderado de la Unión Temporal radicó memorial en el que manifestó que ésta “*en condición de demandada en reconvención al interior del proceso arbitral, hace suya la absoluta integridad de las manifestaciones de todos y cada uno de los Partícipes de la Unión Temporal Devinorte vertidas en la contestación a la reforma de la demanda de reconvención (...)*”<sup>42</sup> y, en escrito aparte, renunció al restante término de traslado<sup>43</sup>.

## 18. Recurso de reposición

El 21 de junio de 2018 el señor Apoderado de la **Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-** interpuso recurso de reposición parcial en contra del Auto de 15 de junio, porque sólo se le habían concedido 30 días de los 60 solicitados para aportar un experticio anunciado en la reforma de la demanda de reconvención<sup>44</sup>. Aunque dicho recurso fue negado, por Auto de 26 de junio de 2018 se le otorgaron 15 días más para el efecto<sup>45</sup>.

## 19. Traslado de las excepciones propuestas

En el mismo Auto de 26 de junio de 2018 el Tribunal tuvo por contestada la reforma de la demanda de reconvención, dispuso correr traslado de las excepciones propuestas en contra de ésta y fijó fecha para audiencia de conciliación.

## 20. Recurso de Reposición

El 4 de julio de 2018 el señor Apoderado de la **Agencia Nacional de Infraestructura -ANI** interpuso recurso de reposición en contra del Auto que tuvo por contestada la reforma de la

---

<sup>38</sup> Folios 583 a 586, Cuaderno Principal No. 1

<sup>39</sup> Folios 587 a 617, Cuaderno Principal No. 1

<sup>40</sup> Acta No. 8, Folios 618 a 622, Cuaderno Principal No. 1

<sup>41</sup> Folios 625 a 655, Cuaderno Principal No. 1

<sup>42</sup> Folio 657, Cuaderno Principal No. 1

<sup>43</sup> Folio 658, Cuaderno Principal No. 1

<sup>44</sup> Folio 659, Cuaderno Principal No. 1

<sup>45</sup> Acta 9, Folios 663 a 669, Cuaderno Principal No. 1

demanda de reconvención por parte de la **Unión Temporal Devinorte**.<sup>46</sup> En decisión de 11 de julio el Tribunal, luego de su traslado, resolvió no reponer la decisión contenida en el numeral Cuarto de la providencia impugnada<sup>47</sup>.

El 6 de julio de 2018 el señor Apoderado de la **Agencia Nacional de Infraestructura -ANI** describió el traslado de las excepciones propuestas contra la reforma de la demanda de reconvención<sup>48</sup>.

## 21. Audiencia de conciliación

El 16 de julio de 2018 se inició la audiencia de conciliación de este proceso arbitral, la cual, por solicitud de las Partes, fue suspendida hasta el 16 de agosto siguiente<sup>49</sup>, oportunidad en la cual, no obstante que se manifestó la existencia de ánimo conciliatorio entre las Partes, en consideración a que no se presentó una propuesta concreta de solución, el Tribunal declaró fallida la audiencia y se dispuso continuar con el trámite del proceso<sup>50</sup>.

## 22. Fijación y pago de los gastos del proceso

Fracasada la conciliación, en la misma audiencia de 16 de agosto de 2018 el Tribunal, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 25 de la Ley 1563 de 2012 y 35 del Decreto 1829 de 2013, procedió a fijar los gastos del proceso arbitral. Dentro de la oportunidad legal, sólo la Parte Convocante pagó las sumas a su cargo, y la misma Parte, haciendo uso de la facultad prevista en el inciso segundo del artículo 25 de la citada Ley, dentro del término adicional también canceló el 3 de septiembre siguiente por la entidad Convocada las sumas que ésta dejó de pagar.

## 23. Primera audiencia de trámite

La primera audiencia de trámite se celebró el día 10 de septiembre de 2018, conforme con lo previsto en el artículo 30 de la Ley 1563 de 2012. En ella se leyeron la Cláusula Compromisoria, las pretensiones de la demanda y de la reforma de la demanda reconvención, las excepciones de mérito y también se fijó la cuantía del proceso, luego de lo cual el Tribunal asumió competencia para conocer y decidir en derecho las cuestiones sometidas a su conocimiento por las Partes, relativas al “*CONTRATO DE CONCESION NÚMERO 0664 DE 1994*”, con fundamento en el parágrafo único de la Cláusula Cuadragésima Segunda el referido Contrato de Concesión, se fijó el término de duración del proceso arbitral en seis (6) meses, se resolvió sobre las pruebas solicitadas por las Partes y se fijó el calendario para practicarlas.<sup>51</sup>

## 24. Indicación de la cuantía y juramento estimatorio

En la demanda arbitral el señor apoderado de las sociedades convocantes estimaron bajo juramento la cuantía de sus pretensiones en la suma de \$25.000'000.000<sup>52</sup>; en la contestación de la demanda arbitral, el señor Apoderado de la Parte Convocada formuló objeción “*al juramento estimatorio y/o la cuantía*”.

---

<sup>46</sup> Folios 672 a 675, Cuaderno Principal No 2

<sup>47</sup> Folios 689 a 692, Cuaderno Principal No. 2

<sup>48</sup> Folios 678 a 681, Cuaderno Principal No. 1

<sup>49</sup> Acta No. 11, Folios 41 a 45, Cuaderno Principal No. 2

<sup>50</sup> Acta No. 12, folios 59 a 67, Cuaderno Principal No. 2

<sup>51</sup> Acta No. 13, Folios 74 a 96, Cuaderno Principal No. 2

<sup>52</sup> Folio 31, Cuaderno Principal No. 1

Por su parte, en la reforma de la demanda de reconvencción, la Parte Convocante en reconvencción estimó bajo juramento la cuantía de sus pretensiones en la suma de \$32.160'104.081,75<sup>53</sup>.

## 25. Audiencias

El Tribunal sesionó durante este proceso arbitral en 20 audiencias, incluyendo la de juzgamiento y lectura de la parte resolutive del Laudo.

## E. TÉRMINOS DEL PROCESO

Toda vez que en el pacto arbitral las Partes no establecieron el término de duración del proceso, según lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, el Tribunal, por Auto de 10 de septiembre de 2018, lo fijó en seis (6) meses contados a partir de la fecha de finalización de la primera audiencia de trámite, sin perjuicio de las prórrogas o suspensiones que pudieran presentarse en su desarrollo.<sup>54</sup>

Como la primera audiencia de trámite se cumplió el 10 de septiembre de 2018, el término de este proceso se extendía inicialmente hasta el 9 de marzo de 2019, sin embargo, según lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 11 de la Ley 1563 de 2012, para el cómputo del término se deben considerar los días en que el proceso ha estado suspendido y, en tal sentido, consta en el expediente que los señores apoderados de las Partes, de común acuerdo, solicitaron la suspensión del proceso entre los días hábiles comprendidos entre el 29 de noviembre y el 13 de diciembre de 2018 (Acta 17): 11 días, y entre los días hábiles comprendidos entre el 17 de diciembre de 2018 y el 27 de enero de 2019 (Acta 18): 27 días. De conformidad con lo anterior, el total de suspensiones suman 38 días hábiles, razón por la cual el término del proceso se extiende hasta el 7 de mayo de 2019, lo que significa que este Laudo se profiere dentro de la oportunidad legal.

## F. PRESUPUESTOS PROCESALES

El Tribunal encuentra cumplidos los requisitos necesarios para la validez del trámite arbitral y que las actuaciones procesales se han desarrollado con observancia de las previsiones legales. Además, no se advierte causal alguna de nulidad procesal, lo cual fue señalado por el Tribunal desde la primera audiencia de trámite y al finalizar cada una de las etapas procesales tal y como lo ordena el artículo 132 del C. G. del P.

El más reciente control de legalidad se realizó en audiencia de 14 de diciembre de 2018, una vez concluyó la etapa de alegaciones, frente a lo cual los señores apoderados de las Partes y la señora representante del Ministerio Público manifestaron no encontrar vicio y/o irregularidad constitutivos de nulidad que debiera ser saneada<sup>55</sup>.

Por lo expuesto, es procedente dictar Laudo de mérito, que según lo acordado en el pacto arbitral debe proferirse en derecho, para lo cual se tiene en cuenta que de los documentos aportados al proceso y examinados por el Tribunal, se estableció:

---

<sup>53</sup> Folio 616, Cuaderno Principal No. 1

<sup>54</sup> Acta No. 13, folios 74 a 96, Cuaderno Principal No. 2

<sup>55</sup> Acta No. 28, folios 414 a 417, Cuaderno Principal No. 3

## 1. Demandas en forma

En su oportunidad se verificó por el Tribunal que tanto la demanda como la demanda de reconvencción, una vez subsanada, y su posterior reforma cumplían las exigencias procesales y, por ello, en su oportunidad las sometió a trámite.

## 2. Capacidad

Del estudio de los documentos aportados por las Partes e incorporados al expediente observa el Tribunal que tanto las sociedades integrantes de la **Unión Temporal para el Desarrollo del Norte de Bogotá –Devinorte-** y la Unión Temporal misma, así como la **Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-**, son sujetos plenamente capaces para comparecer a este proceso; su existencia y representación legal están debidamente acreditadas y tienen capacidad para transigir, por cuanto de la documentación estudiada no se encuentra restricción alguna y, además, por tratarse de un arbitramento en derecho, han comparecido al proceso por intermedio de sus representantes legales y apoderados, debidamente constituidos.

## 3. Pretensiones

### 3.1. Pretensiones contenidas en la demanda arbitral

Las sociedades integrantes de la **Unión Temporal para el Desarrollo del Norte de Bogotá –Devinorte-** solicitaron en la demanda arbitral que se profieran las declaraciones y condenas que relacionó, así<sup>56</sup>:

#### “IV.1 PRETENSIONES DECLARATIVAS

**IV.1.1-** Se declare que el Concesionario no tiene obligación de colocar una carpeta asfáltica de refuerzo de cinco centímetros (5.0 cm) de espesor a todo lo largo de la vía concesionada, como lo pretende la Entidad Concedente invocando un aparte del texto contenido en el numeral 9.2 -Programa para el Mantenimiento de la Vía-, del Volumen VI Tomo I de la oferta presenta por los partícipes de la prometida la Unión Temporal DEVINORTE en desarrollo de la Licitación Pública No. 005 de 1994.

**IV.1.2.-** (...).

**IV.1.3.-** Se declare que en tanto, a términos del Laudo Arbitral de fecha 6 de octubre de 2016, la terminación del plazo contractual está fijada para el día 30 de noviembre de 2017, la liquidación del Contrato debe actuarse siguiendo las disposiciones y plazos contenidos en la Cláusula Trigésima Quinta del Contrato de Concesión 0664 de 1994, sus Apéndices y anexos, la Ley y los reglamentos aplicables.

#### IV.2 PRETENSIONES DE CONDENA

**IV.2.1.-** (...).

**IV.2.2.-** Que como consecuencia del despacho favorable de la Pretensión declarativa IV.1.3 se disponga que Convocante y Convocada deberán iniciar y culminar el proceso de liquidación del Contrato de Concesión 0664 de 1994; observando para el efecto los

---

<sup>56</sup> Folios 3 y 4, Cuaderno Principal No. 1

términos y condiciones que regula su Cláusula Trigésima Quinta, sus Apéndices y anexos, la Ley y los reglamentos aplicables.

**IV.2.3-** Como consecuencia del despacho favorable de las anteriores declaraciones se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura ANI al pago de las costas judiciales y las agencias en derecho que se causen con ocasión del trámite arbitral.”

Se aclara que durante el trámite arbitral el señor apoderado de las sociedades integrantes de la Unión Temporal Devinorte radicó memorial el 10 de septiembre de 2018, en el cual expresamente desistió de las Pretensiones IV.1.2. y la de condena IV.2.1., lo cual, por ser procedente, fue aceptado por Auto de la misma fecha<sup>57</sup>.

### 3.2. Pretensiones contenidas en la reforma de la demanda de reconvencción

A su turno, la **Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-** en la reforma de la demanda de reconvencción solicitó al Tribunal acoger las siguientes pretensiones<sup>58</sup>:

**“PRIMERA PRINCIPAL.** Se declare que la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO VIAL DEL NORTE DE BOGOTÁ – DEVINORTE** y todos sus integrantes, tienen la obligación de poner una carpeta asfáltica de refuerzo de 5.0 cms de espesor a todo lo largo de la vía concesionada, de acuerdo con lo establecido en el pliego de condiciones de la licitación pública No. 005 de 1994 y la propuesta presentada por el concesionario, que hacen parte del contrato de concesión 0664 de 1994.

**SEGUNDA PRINCIPAL.** Se declare que de conformidad con modelo financiero del laudo arbitral de 6 de octubre de 2016, la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO VIAL DEL NORTE DE BOGOTÁ – DEVINORTE** y todos sus integrantes, contaban con las provisiones financieras pertinentes para atender la obligación de mantenimiento periódico.

**TERCERA PRINCIPAL.** Se declare que la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO VIAL DEL NORTE DE BOGOTÁ - DEVINORTE** y todos sus integrantes, incumplieron el contrato de concesión No. 0664 de 1994, toda vez que culminó el plazo de ejecución del contrato y/o la etapa de la operación el mismo, y no cumplieron con la obligación de poner una carpeta asfáltica de refuerzo de espesor de 5 cms., a todo lo largo de la vía concesionada, conforme con lo establecido en el pliego de condiciones de la licitación pública No. 005 de 1994 y la propuesta presentada por el concesionario que hacen parte del contrato de concesión 0664 de 1994.

**CUARTA PRINCIPAL.** Que como consecuencia de lo anterior, se ordene a la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO VIAL DEL NORTE DE BOGOTÁ - DEVINORTE** y todos sus integrantes, a poner una carpeta asfáltica de refuerzo de 5.0 cms de espesor a todo lo largo de la vía concesionada, de acuerdo con lo establecido en el pliego de condiciones de la licitación pública No. 005 de 1994 y la propuesta presentada por el concesionario, que hacen parte del contrato de concesión 0664 de 1994.

**PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA CUARTA PRINCIPAL.** En caso de no ser viable o procedente la pretensión anterior por cuanto el contrato de concesión 0664 de 1994, ya terminó en su plazo de ejecución y/o de operación el pasado 30 de noviembre de 2017, o por cualquier otra causa, se condene a la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO VIAL DEL NORTE DE BOGOTÁ - DEVINORTE** y todos sus

---

<sup>57</sup> Acta No. 13, Folios 74 a 96, Cuaderno Principal No. 1

<sup>58</sup> Folios 589 a 591, Cuaderno Principal No. 1

integrantes, a pagar en dinero y a favor de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, el valor equivalente de dicha obligación, por la suma de VEINTIDOS MIL DOSCIENTOS CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y DOS MIL SETECIENTOS SESENTA Y UN PESOS MCTE (\$22.204.462.761), pesos de agosto de 2017, a la ejecutoria del laudo.**

**QUINTA PRINCIPAL.** Como consecuencia de lo resuelto en el laudo arbitral de fecha seis (6) de octubre de 2016 en el cual se resolvió declarar:

*'21. Declarar que el concesionario ha percibido ingresos derivados de la venta de publicidad utilizando los activos concesionados desde el año 2004, sin que los mismos hayan sido tenidos en cuenta o incluidos en el modelo financiero de la concesión actualmente vigente.*

*22. Declarar que esos ingresos afectan de manera positiva la rentabilidad del proyecto y deben ser tenidos en cuenta para efectos de calcular la fecha en la cual se alcanzará la rentabilidad pactada o TIR del 10.93%.*

*23. Declarar que la actualización del modelo financiero vigente para el contrato de concesión 0664 de 1994 impone la necesidad de incluir los ingresos derivados de la venta de publicidad, para rectificar la subestimación del ingreso total del concesionario.*

*24. Declarar que esos ingresos por publicidad no incluidos en el modelo financiero, derivan en la subestimación de la rentabilidad del proyecto, causándose con ello un desequilibrio económico en el contrato contra la entidad concedente contratante.*

*25. Declarar en consecuencia que, según lo señalado en el documento contractual del 6 de agosto de 1998, el plazo de la etapa de operación y en general del contrato de concesión No. 0664 de 1994 debe ser ajustado conforme a la actualización del modelo financiero del contrato, hasta mantener la TIR pactada del 10.93%, incluyendo para ello los ingresos percibidos por el concesionario por concepto de publicidad.'*

Se declare que la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO VIAL DEL NORTE DE BOGOTÁ - DEVINORTE** y todos sus integrantes, deben devolver y/o pagar a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRESTRUCTURA - ANI**, el valor que obtuvo por concepto de ingresos de venta de publicidad en la vía en los sitios de recolección de peaje (Los Andes, Fusca y Teletón), **en la suma de OCHO MIL QUINIENTOS SETENTA Y UN MILLONES DIECINUEVE MIL SESENTA Y NUEVE PESOS CON SETENTA Y CINCO CENTAVOS (\$8.571.019.069,75), en el periodo comprendido entre el primero (1) de julio de 2015 y el treinta (30) de noviembre de 2017.**

**SÉXTA PRINCIPAL.** Se declare que la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO VIAL DEL NORTE DE BOGOTÁ - DEVINORTE** y todos sus integrantes, deben revertir en favor de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRESTRUCTURA - ANI**, y sin costo alguno, la totalidad de los **vehículos** que están incluidos dentro del modelo financiero del laudo arbitral del contrato de concesión No. 0664 de 1994, los cuales fueron amortizados con los recursos contractuales.

**SÉPTIMA PRINCIPAL.** Que como consecuencia, se ordene a la **UNIÓN TEMPORAL PARA DESARROLLO VIAL DEL NORTE DE BOGOTÁ - DEVINORTE** y todos sus integrantes efectuar la entrega material y jurídica de los citados vehículos a título de reversión, a la ejecutoria del laudo arbitral.

**PRIMERA SUBSIDIARIA A LA SÉPTIMA PRINCIPAL.** Que en caso de no ser posible o viable por cualquier causa la entrega material y total de los vehículos, se condene u ordene a la **UNIÓN TEMPORAL PARA DESARROLLO VIAL DEL NORTE DE BOGOTÁ - DEVINORTE** y todos sus integrantes, a pagar en dinero en favor de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**, y a título de reversión de vehículos, la suma de mil trescientos ochenta y cuatro millones seiscientos veintidós mil quinientos cincuenta y un pesos (\$1.384.622.551) pesos de marzo de 2018

**OCTAVA PRINCIPAL.** Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO VIAL DEL NORTE DE BOGOTÁ** y todos sus integrantes, a pagar en favor de la ANI, el valor de los intereses de mora a la tasa máxima autorizada por la Superintendencia Financiera de Colombia y la correspondiente indexación, sobre las sumas anteriores, hasta la fecha en que se dicte el laudo correspondiente y/o hasta el pago efectivo de la obligación.

**NOVENA PRINCIPAL.** Que se condene en costas y agencias en derecho a la parte convocada en reconvención.”

#### **4. Los hechos soporte de las pretensiones planteados por cada una de las Partes**

##### **4.1. Los hechos planteados por las sociedades integrantes de la Unión Temporal para el Desarrollo Vial del Norte de Bogotá.**

Los hechos que soportan las pretensiones de la Parte Convocante están relacionados y debidamente clasificados en el texto de la demanda arbitral<sup>59</sup>, y a ellos se remitirá el Tribunal al momento de resolver las pretensiones y excepciones formuladas.

##### **4.2. Los hechos planteados por la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI**

Los hechos que soportan las pretensiones de la Entidad Convocada están relacionados en el texto de la reforma de la demanda de reconvención<sup>60</sup>, y a ellos igualmente se remitirá el Tribunal al momento de resolver las pretensiones y excepciones formuladas.

#### **5. Excepciones, oposiciones o medios de defensa**

##### **5.1. Oposiciones, excepciones o medios de defensa propuestos por la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-**

La Entidad Pública Convocada se opuso a la totalidad de las pretensiones contenidas en la demanda arbitral para lo cual propuso las excepciones contenidas en los siguientes títulos<sup>61</sup>:

“5.1. La renuncia de algunas pretensiones por parte de la ANI en el marco del acuerdo conciliatorio suscrito con el concesionario, no configura el desistimiento de que trata el artículo 314 del CGP., toda vez que constituye un pacto procesal y no genera efectos de cosa juzgada”

---

<sup>59</sup> Folios 4 a 18, Cuaderno Principal No. 1

<sup>60</sup> Folios 591 a 604, Cuaderno Principal No. 1

<sup>61</sup> Folios 403 a 416, Cuaderno Principal No. 1

“5.2. El acuerdo conciliatorio y el auto aprobatorio NO declararon extinguida la obligación de mantenimiento a cargo del concesionario, ni anuló total ni parcialmente el pliego de condiciones, ni la propuesta del concesionario, ni el contrato con sus apéndices y anexos, de manera que la obligación de mantenimiento sigue incólume y es exigible por parte de la ANI.”

“5.3. El contrato es ley para las partes y debe ser cumplido de buena fe.” / “La oferta presentada por el concesionario en el marco de la licitación pública No. 005 de 1994, en cuanto respecta al mantenimiento ofrecido es obligatoria y vinculante tanto para la entidad como para el concesionario, y no constituyen actividades hipotéticas ni sujetas a los estudios y diseños”.

“5.4. El índice de estado de la vía no determina el cumplimiento o no de la obligación de mantenimiento, consistente en colocar una carpeta asfáltica de refuerzo de 5.0 cms., a todo lo largo de la vía.”

“5.5. Contrato no cumplido por parte del concesionario”.

“5.5. (sic) Violación de la buena fe contractual.”

“5.6. (sic) Como quiera que el plazo de ejecución y/o la etapa de operación del contrato de concesión No. 0664 de 1994, terminó el 30 de noviembre de 2017, por disposición de laudo arbitral anterior, La Unión temporal Devinorte y todos sus integrantes deben pagar en favor de la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI., el valor correspondiente de la obligación de colocar la sobrecarpeta asfáltica de refuerzo a todo lo largo de la vía, a la ejecutoria del laudo arbitral que ponga fin a este proceso.”

“5.7. (sic) Excepción genérica”

## **5.2. Excepciones, oposiciones o medios de defensa propuestos por las sociedades integrantes de la Unión Temporal para el Desarrollo del Norte de Bogotá y la Unión Temporal misma en contra de la reforma de la demanda de reconvencción**

Las sociedades integrantes de la **Unión Temporal para el Desarrollo del Norte de Bogotá** y la Unión Temporal misma, formularon las siguientes “excepciones de mérito, contradicciones y defensas”<sup>62</sup>:

“V.1- INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE COLOCAR UNA CARPETA ASFÁLTICA DE REFUERZO A TODO LO LARGO DE LA VÍA CONCESIONADA. COSA JUZGADA. EFECTO DERIVADO DEL DESISTIMIENTO ACTUADO POR LA ANI EN FRENTE DE LAS PRETENSIONES ATINENTES AL PROGRAMA DE MANTENIMIENTO INCLUIDAS DENTRO DE UN ACUERDO CONCILIATORIO Y COBIJADAS POR UN LAUDO ARBITRAL.”

“V.2.- IMPROCEDENCIA DE LA SOLICITUD DE COLOCAR UNA CARPETA ASFÁLTICA DE REFUERZO A TODO LO LARGO DE LA VÍA CONCESIONADA Y/O DE HACER CUALQUIER RECONOCIMIENTO ECONÓMICO EN SUSTITUCIÓN DE LA COLOCACIÓN DE LA MISMA.”

---

<sup>62</sup> Folios 642 a 653, Cuaderno Principal No. 1



“V.3.- NO PROCEDIBILIDAD DEL REEMBOLSO DE LOS DINEROS OBTENIDOS POR CONCEPTO DE VENTA DE PUBLICIDAD EN LOS SITIOS DE RECOLECCIÓN DE PEAJE.”

“V.4.- CUMPLIMIENTO CABAL DE LA OBLIGACIÓN DE REVERSIÓN DE LOS BIENES AFECTOS AL PROYECTO EJECUTADO COMO RESULTAS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 0664 DE 1994.”

“V.5.- ACERCA DE LA INTERPRETACIÓN DE LAS ESTIPULACIONES CONTRACTUALES – INTERPRETACIÓN EN FAVOR DEL DEUDOR.”

“V.6.- IMPROCEDENCIA DE RECONOCIMIENTO Y PAGO EN FAVOR DE LA ANI DE INTERESES DE MORA.”

“V.7. EXCEPCIÓN GENÉRICA y APLICACIÓN TRANSVERSAL DE LAS EXCEPCIONES, CONTRADICCIONES Y DEFENSAS”

## **6. Las pruebas decretadas y practicadas**

El Tribunal considera útil y necesario, para el sustento de la decisión que adoptará en este Laudo, relacionar los medios de prueba solicitados por las partes y decretados en Auto de 10 de septiembre de 2018, Acta No. 13<sup>63</sup>, así:

Las pruebas que se practicaron en su integridad y obran en el expediente, con excepción de las desistidas por los apoderados, son las siguientes:

### **6.1. Pruebas solicitadas por las Sociedades Convocantes y que coadyuvó la Unión Temporal vinculada como litisconsorte necesaria**

#### **6.1.1. Documentales**

Se ordenó tener como pruebas, con el valor legal que correspondiera, los documentos aportados por esta Parte al proceso que relacionó en: i) la demanda arbitral de 12 de septiembre de 2017;<sup>64</sup> ii) al contestar la demanda de reconvención el 25 de mayo de 2018;<sup>65</sup> y, iii) al contestar la reforma de la demanda de reconvención el 20 de junio siguiente.<sup>66</sup>

#### **6.1.2. Prueba Traslada**

De conformidad con lo establecido en los artículos 174 y 138 de la Ley 1564 de 2012, se ordenó tener como prueba el CD contentivo del expediente del proceso arbitral identificado con el número de radicación 2975 adelantado entre las mismas Partes y que concluyó con Laudo Arbitral de 6 de octubre de 2016, que fue remitido el 18 de diciembre de 2018 por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, en cumplimiento de lo ordenado por Auto 1° de noviembre de 2017.

---

<sup>63</sup> Folios 74 a 96, Cuaderno Principal No. 1

<sup>64</sup> Folio 31, Cuaderno Principal No. 1

<sup>65</sup> Folios 565, Cuaderno Principal No. 1

<sup>66</sup> Folios 653 y 654, Cuaderno Principal No. 1

### 6.1.3. Declaración de terceros

Se ordenó que rindieran testimonio ante el Tribunal los doctores: i) Julio Bernardo Durán Bustamante, Ingeniero Civil; ii) Eduardo Jiménez Ramírez, Representante Legal de Jega Accounting House Ltda; y, iii) Camilo Soto Franky, Presidente de Valfinanzas Banca de Inversión. Sin embargo, el señor apoderado de la Unión Temporal Devinorte y de las sociedades integrantes desistió la recepción de estas declaraciones, lo cual fue aceptado por el Tribunal por Auto de 10 de septiembre de 2018.<sup>67</sup>

### 6.1.4. Experticias de Parte

Se ordenó tener en cuenta, en los términos del artículo 227 del C.G.P., como dictámenes periciales, los siguientes experticios elaborados a solicitud de la Parte Convocante:

- **Dictamen pericial en temas de Ingeniería** rendido por el Ingeniero **Jaime D. Bateman Durán** que fue anunciado en la demanda arbitral y aportado el 10 de enero de 2018<sup>68</sup>.
- **Contradicción al dictamen contable y financiero** rendido por **Alonso Fernando Castellanos Rueda** representante legal de **Capital Corp S.A.S.**, informe elaborado por los doctores Santiago Camacho, Director de Proyectos y Juan Felipe Castro, Socio de **Nexus Banca de Inversión** y que fue aportado el 29 de octubre de 2018 dentro del término de traslado del dictamen<sup>69</sup>.

En audiencia de 28 de noviembre de 2018 se recibió la declaración del doctor Alonso Castellanos Rueda, Representante legal de la sociedad **Capitalcorp S.A.S.**, prueba decretada a solicitud de la Parte Convocante en relación con el experticio elaborado por ésta sociedad a solicitud de la entidad convocada y demandante en reconvención y que fue aportado el 24 de septiembre de 2018.

### 6.1.5. Inspección judicial con exhibición de documentos

Se decretó la práctica de inspección judicial con exhibición de documentos en las oficinas de la **Agencia Nacional de Infraestructura -ANI**, para los fines señalados en la contestación de la reforma de la demanda de reconvención<sup>70</sup>, la cual recaería sobre los archivos relacionados con la celebración y ejecución del Contrato de Concesión No. 0664 de 1994, con el fin de obtener copia de *“todos los documentos cruzados entre la Concedente, la Concesionaria y las empresas que fungieron como Interventoras del Contrato de Concesión 0664 de 1994, que digan relación a cualquier aspecto relacionado con: (i) el Programa de Mantenimiento del corredor vial ofrecido por los, a ese entonces, futuros Partícipes de la Unión Temporal para el Desarrollo del Norte de Bogotá Devinorte y; (ii) los ingresos por venta de publicidad. Solicitamos especialmente la exhibición del oficio identificado como ICITY-032-18 remitido por la Interventoría Consorcio ICITY a la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI el día 20 de marzo de 2018, que ostenta el número de radicación 2018-409-029226-2.”*

Sin embargo, teniendo en cuenta que los documentos sobre los cuales recaía esta prueba fueron aportados al expediente el 8 de octubre de 2018 por la **Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-** en cumplimiento de lo ordenado por el Tribunal en Auto de 10 de septiembre de 2018, el señor apoderado de la **Unión Temporal Devinorte** y las sociedades que lo integran, en audiencia de 28 de noviembre de 2018, manifestó que desistía de la práctica de la inspección judicial con

---

<sup>67</sup> Acta 13, Folios 74 a 96, Cuaderno Principal No. 1

<sup>68</sup> Folios 5 a 95, Cuaderno de Pruebas No. 1

<sup>69</sup> Folios 169 a 178, Cuaderno de Pruebas No. 1

<sup>70</sup> Folio 654, Cuaderno Principal No. 1

exhibición de documentos, lo cual, por ser procedente, el Tribunal lo aceptó<sup>71</sup>.

## 6.2. Pruebas solicitadas por la Parte Convocada y demandante en reconvencción

### 6.2.1. Documentales

Se ordenó tener como pruebas, con el valor legal que correspondiera, los documentos aportados por esta Parte al proceso que relacionó en: i) la contestación de 26 de marzo de 2018 a la demanda arbitral;<sup>72</sup> ii) en la demanda de reconvencción radicada en la misma fecha;<sup>73</sup> iii) en la subsanación de la demanda de reconvencción radicada el 16 de abril de 2018;<sup>74</sup> iv) en la reforma de la demanda de reconvencción de 15 de junio de 2018;<sup>75</sup> y, v) al descorrer el traslado del dictamen aportado por la Parte Convocante el 23 de noviembre de 2018.<sup>76</sup>

### 6.2.2. Interrogatorio de Parte

El día 19 de octubre de 2018<sup>77</sup> rindió declaración de parte ante el Tribunal el doctor **Oscar Eduardo Gutiérrez Campos**, representante legal de **Unión Temporal para el Desarrollo del Norte de Bogotá -Devinorte-**<sup>78</sup>. Esta declaración fue grabada y el CD con el archivo correspondiente se puso a disposición de las Partes y del Ministerio Público y se agregó a los cuadernos de pruebas del expediente, junto con su transcripción.

### 6.2.3. Declaraciones de terceros

Rindieron testimonio ante el Tribunal las siguientes personas, de conformidad con lo solicitado en la contestación de la demanda arbitral<sup>79</sup>, la demanda de reconvencción y su reforma:<sup>80</sup>

- Diana Ximena Corredor Reyes, Gerente Financiera de la Vicepresidencia de Gestión Contractual de la ANI, (Acta No. 14 de 5 de octubre de 2018)<sup>81</sup>.
- Luis Eduardo Gutiérrez Díaz, Gerente de Proyectos Carreteros de la Vicepresidencia de Gestión Contractual de la ANI. (Acta No. 15 de 19 de septiembre de 2018)<sup>82</sup>
- José Román Pacheco, Gerente Jurídico de la Vicepresidencia Jurídica de la ANI, (Acta No. 14 de 5 de octubre de 2018)<sup>83</sup>.

---

<sup>71</sup> Acta 17, Folios 144 a 150, Cuaderno Principal No. 2

<sup>72</sup> Folio 416, Cuaderno Principal No. 1

<sup>73</sup> Folios 453 y 454, Cuaderno Principal No. 1

<sup>74</sup> Folios 472 a 475, Cuaderno Principal No. 1

<sup>75</sup> Folios 612 y 613, Cuaderno Principal No. 1

<sup>76</sup> Folio 179, Cuaderno de Pruebas No. 1

<sup>77</sup> Folios 122 a 126, Cuaderno Principal No. 2

<sup>78</sup> Folios 115 a 121, Cuaderno Principal No. 1

<sup>79</sup> Folio 417, Cuaderno Principal No. 1

<sup>80</sup> Folio 614, Cuaderno Principal No. 1.

<sup>81</sup> Folios 102 a 109, Cuaderno Principal No. 2

<sup>82</sup> Folios 122 a 126, Cuaderno Principal No. 2

<sup>83</sup> Folios 102 a 109, Cuaderno Principal No. 2

Las declaraciones fueron grabadas y el CD con el archivo correspondiente igualmente se puso a disposición de las Partes y del Ministerio Público y se agregó a los cuadernos de pruebas del expediente, junto con su transcripción y los documentos aportados en el curso de las declaraciones.

En el curso del proceso la Parte Convocada desistió de los testimonios decretados de Enrique Martínez Arciniegas, Cesar Augusto Rubiano Lopera y Carlos Arturo Reina, lo cual fue aceptado por el Tribunal por Auto de 19 de octubre de 2018 (Acta 15)<sup>84</sup>

#### 6.2.4. Contradicción dictamen técnico aportado por la Parte Convocante

De conformidad con lo autorizado por el artículo 228 del C.G.P., se decretó la declaración del Ingeniero **Jaime D. Bateman Durán**, quien rindió el dictamen aportado por la Parte Convocante con la demanda arbitral; sin embargo, el 5 de octubre de 2018 el señor apoderado de la **Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-** radicó memorial en donde manifestó que desistía de esta declaración, lo cual fue aceptado por el Tribunal por Auto de esa misma fecha<sup>85</sup>.

En audiencia de 28 de noviembre de 2018 se recibió la declaración del equipo de expertos integrado por los doctores Santiago Camacho, Director de Proyectos y Juan Felipe Castro, Socio de la firma **Nexus Banca de Inversión**, responsables de la elaboración del experticio aportado el 29 de octubre de 2018 por la sociedades integrantes de la **Unión Temporal para el Desarrollo del Norte de Bogotá -Devinorte-** y la misma Unión Temporal, para controvertir el dictamen aportado, a su vez, por la **Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-**, cuya declaración fue solicitada por el señor apoderado de la entidad convocada.

La declaración fue grabada y el CD con el archivo correspondiente se puso a disposición de las Partes y del Ministerio Público y se agregó a los cuadernos de pruebas del expediente, junto con su transcripción.

#### 6.2.5. Prueba Traslada

De conformidad con lo establecido en los artículos 174 y 138 de la Ley 1564 de 2012, se ordenó tener como prueba el CD contentivo del Expediente del Proceso Arbitral identificado con el número de radicación 2975 adelantado entre las mismas Partes y que concluyó con Laudo Arbitral de 6 de octubre de 2016, que fue remitido el 18 de diciembre de 2018 por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, en cumplimiento de lo ordenado por Auto 1º de noviembre de 2017.

#### 6.2.6. Experticias de Parte

Se ordenó tener en cuenta, en los términos del artículo 227 del C.G.P., como dictámenes periciales, los siguientes experticios elaborados a solicitud de la Parte Convocada:

- **Dictamen Contable y Financiero** rendido por la sociedad **Capital Corp S.A.S.**, representada por el doctor Alonso Fernando Castellanos Rueda, que fue anunciado en la reforma de la demanda de reconvención y aportado el 24 de septiembre de 2018<sup>86</sup>.
- **“Contradicción al Peritaje Contable y Financiero realizado por CapitalCorp para el Tribunal de Arbitramento entre la Unión Temporal para el Desarrollo del Norte de**

---

<sup>84</sup> Folios 122 a 126, Cuaderno Principal No. 2

<sup>85</sup> Folios 102 a 108, Cuaderno Principal No. 2

<sup>86</sup> Folios 104 a 163, Cuaderno de Pruebas No. 1

**Bogotá – Devinorte y la Agencia Nacional de Infraestructura**” presentado por Nexus Banca de Inversión. Este experticio fue igualmente elaborado por **Capital Corp S.A.S.**, y fue aportado el 23 de noviembre de 2018 dentro del término de traslado del dictamen aportado por la Convocante.<sup>87</sup>

En audiencia de 28 de noviembre de 2018 se recibió la declaración del doctor Alonso Castellanos Rueda, Representante legal de la sociedad **Capitalcorp S.A.S.**, prueba decretada a solicitud de la Parte Convocante en relación con el experticio elaborado por esta sociedad a solicitud de la entidad convocada y demandante en reconvención y que fue aportado el 24 de septiembre de 2018.

La declaración fue grabada y el CD con el archivo correspondiente se puso a disposición de las Partes y del Ministerio Público y se agregó a los cuadernos de pruebas del expediente, junto con su transcripción.

### 6.3. Pruebas de oficio

En cumplimiento del deber que el numeral 4 del artículo 42 del C.G.P. le impone al juez para decretar pruebas de oficio, *“para verificar los hechos alegados por las partes”*, concordante con lo establecido en el artículo 170 del mismo estatuto procesal, el Tribunal ordenó a la **Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-** remitir copia en medio magnético de todos los documentos cruzados entre la Concedente, la Concesionaria y las empresas que fungieron como Interventoras del Contrato de Concesión 0664 de 1994, que tuviera relación con cualquier aspecto relacionado con: (i) el Programa de Mantenimiento del corredor vial ofrecido por los, a ese entonces, futuros Participes de la Unión Temporal para el Desarrollo del Norte de Bogotá Devinorte; (ii) los ingresos por venta de publicidad; y, iii) el oficio identificado como ICITY-032-18 remitido por la Interventoría Consorcio ICITY a la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI el día 20 de marzo de 2018, que ostenta el número de radicación 2018-409-029226-2.

El 8 de octubre de 2018 el señor Gerente de Defensa Judicial de la **Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-** radicó memorial al cual acompañó un CD y un memorando con radicado 20183060161363 remitido por el Gerente de Proyectos Carreteros 2 de esa entidad, *“con el que se remiten a la Gerencia de Defensa Judicial la información solicitada por el Tribunal”*, que a su vez envió para que obrara en el expediente.<sup>88</sup>

Estos documentos fueron puestos a disposición de los señores apoderados de las Partes y de la señora Agente del Ministerio Público.

Por Auto de 5 de octubre de 2018 el Tribunal dispuso que el expediente físico del proceso arbitral identificado con el número de radicación 2975 adelantado entre las mismas Partes y que concluyó con Laudo Arbitral de 6 de octubre de 2016, fuera puesto a su disposición por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, para lo cual se ofició a esa entidad el 16 de octubre siguiente y el 22 de octubre dicho Centro informó que el expediente estaba a disposición del Tribunal en su sede, en donde se ha mantenido hasta la fecha.

Dichos documentos igualmente fueron puestos a disposición de los señores apoderados de las Partes y de la señora Agente del Ministerio Público.

En la parte resolutive de este Laudo se ordenará la devolución, para su archivo, del expediente del proceso arbitral con radicado 2975 al referido Centro de Arbitraje.

---

<sup>87</sup> Folios 179, Cuaderno de Pruebas No. 1

<sup>88</sup> Folios 167 a 168, Cuaderno de Pruebas No. 1

## 7. Alegatos de Conclusión

En la audiencia celebrada el 14 de diciembre de 2018 los señores apoderados de las Partes presentaron verbalmente sus respectivos alegatos de conclusión<sup>89</sup> y, adicionalmente, en la misma fecha, entregaron para el expediente los escritos que contienen sus intervenciones.

A uno y otro alegatos, el Tribunal se referirá más adelante al analizar cada una de las pretensiones tanto de la demanda arbitral como de la demanda de reconvención reformada.

## 8. Concepto de la Señora Agente del Ministerio Público<sup>90</sup>

En ejercicio de las funciones asignadas en el Decreto 262 de 2000 y, en particular, por el numeral 6 del artículo 2. de la Resolución 270 de 2001 de la Procuraduría General de la Nación, el día 28 de enero de 2019 la señora Procuradora Quinta Judicial II ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, rindió el Concepto del Ministerio Público para este proceso arbitral.

A este concepto el Tribunal se referirá más adelante al analizar cada una de las pretensiones tanto de la demanda arbitral como de la demanda de reconvención.

# II. ASUNTOS PREVIOS

## A. SOBRE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

Es tema pacífico en nuestra jurisprudencia que con fundamento en lo dispuesto por el artículo 116 de la Constitución Política, así como por su desarrollo normativo estatutario (Leyes 270/1996 y 1285/2009) y especial (Ley 1563/2012), el arbitramento nacional es un mecanismo adicional y excepcional de solución de conflictos y las Partes tienen el derecho constitucional y legal de acceder voluntariamente a esta forma de administración de justicia.

A efectos de determinar o verificar su competencia, en la primera audiencia de trámite el Tribunal encontró probada la existencia del pacto arbitral, su referencia a una controversia jurídica determinada, la capacidad de las partes y la idoneidad del objeto litigioso. Así mismo, en consideración a la intervención de una entidad pública, el Tribunal se sometió a los límites de competencia fijados por el Legislador y desarrollados tanto por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional como del H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo y por el mismo pacto arbitral.

En esta oportunidad procesal el Tribunal reitera, tomando como fundamento adicional los documentos aportados al proceso y las demás pruebas practicadas, que en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 116 de la Constitución Política las Partes, al momento de la suscripción, el 24 de junio de 1994, del Contrato de Concesión No. 0664 de 1994, decidieron libre y autónomamente incorporar en aquel una cláusula compromisoria para sustraer de la justicia ordinaria, permanente o institucional del Estado el conocimiento y decisión de las controversias que pudieran derivarse de dicho negocio comercial, para que fueran resueltas por particulares investidos excepcional y temporalmente de jurisdicción, lo cual se materializó en el parágrafo único de la Cláusula Cuadragésima Segunda del referido Contrato Estatal. Así, la jurisdicción y competencia de este Tribunal de Arbitramento surgió, conjuntamente, además del artículo 116 de la Constitución

---

<sup>89</sup> Acta No. 18, folios 273 a 276, Cuaderno Principal No. 2

<sup>90</sup> Folios 277 a 329, Cuaderno Principal No. 2

Política, de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, de la Ley 1563 de 2012, de la clara e inequívoca voluntad de las partes de someterse a la jurisdicción arbitral, según lo consignado en la cláusula compromisoria que fue citada y transcrita antes en esta providencia.

En efecto, en el caso objeto de examen, está probada la decisión conjunta de someter al conocimiento de un Tribunal de Arbitramento “*Las diferencias que se susciten en relación con el contrato,*”<sup>91</sup> tal y como se señaló en el Contrato de Concesión No. 0664 de 1994. Esta facultad tiene soporte jurídico en el artículo 71 de la Ley 80 de 1993 que, pese a ser derogado por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012, regía para el momento de la suscripción del Contrato origen de las controversias. Esta voluntad de las partes se materializó con la convocatoria de este Tribunal, la presentación de la demanda y su respectiva contestación, así como con la presentación de la demanda de reconvencción y su posterior reforma y las respectivas contestaciones, con el propósito de que las pretensiones, excepciones y objeciones formuladas por los apoderados de las partes sean resueltas de manera definitiva mediante un Laudo Arbitral.

Del análisis de la demanda arbitral y de la reforma de la demanda de reconvencción y sus respectivas contestaciones, el Tribunal considera que las controversias que han sido puestas en su conocimiento se encuentran comprendidas dentro del alcance de la Cláusula Compromisoria, porque conciernen directamente al Contrato de Concesión No. 0664 de 1994, son todas de naturaleza patrimonial y de contenido particular y concreto, se refieren a una relación jurídica contractual específica y son susceptibles de disposición por las Partes.

De otro lado, del examen de las pruebas aportadas y practicadas, el Tribunal ratifica que las Partes son personas jurídicas con capacidad plena para comparecer al proceso arbitral, pues no se advierte ninguna limitación para ello y lo han hecho por intermedio de sus representantes legales y apoderados debidamente constituidos.

Finalmente, advierte una vez más el Tribunal Arbitral que no existe controversia entre las Partes sobre su competencia para conocer y decidir sobre las diferencias puestas en su conocimiento, y encuentra que se ha cumplido con el trámite del proceso arbitral señalado en la Ley 1563 de 2012.

Por todo lo expuesto, el Tribunal Arbitral ratifica que sí es competente para conocer y resolver todas las controversias a que se refieren la demanda arbitral, la reforma de la demanda de reconvencción, sus contestaciones y las respectivas réplicas a las excepciones de mérito.

## **B. SOBRE LAS “EXCEPCIONES”, OPOSICIONES Y MEDIOS DE DEFENSA**

En lo que se refiere a las “excepciones” propuestas tanto por la Parte Convocante como por la Parte Convocada, el Tribunal estima necesario hacer las siguientes precisiones conceptuales de manera previa a considerarlas:

La palabra excepción, en su natural interpretación gramatical, significa, la acción de exceptuar, y por exceptuar se entiende excluir o no comprender a algo o a alguien; en materia procesal se refiere a la exclusión total o parcial de las pretensiones del actor.

Ya el muy distinguido profesor de la Universidad de Roma, Giuseppe Chiovenda señaló que “la práctica emplea este nombre a cualquiera actividad de defensa del demandado, es decir, a cualquiera instancia con que el demandado pide la *desestimación de la demanda* del actor, cualquiera que sea la

---

<sup>91</sup> Parágrafo único de la Cláusula Cuadragésima Segunda del Contrato de Concesión No. 0664 del 24 de noviembre de 1994.

razón sobre la cual la instancia se funda”<sup>92</sup>. Empero, dijo, “nuestra ley (refiriéndose a la ley italiana), no conoce un significado técnico especial de *excepción*”, mientras que la doctrina francesa le atribuye al Código francés una terminología particular: *défense* que indica la contradicción relativa al derecho del actor, es decir, al *fondo*; y, *exception* que se refiere a las oposiciones relativas a la regularidad de la forma del procedimiento, es decir, al *rito*.

Al decir del maestro Chiovenda, la ley italiana no conocía ni siquiera esa terminología técnica, sino que habla confusamente, en el Código de Procedimiento, de *defensa, respuesta, contradecir, excepciones*; y, el Código Civil hablaba de excepciones, comprendiendo cualquiera contradicción que se refiriera al fondo. “La Ley de Enjuiciamiento Civil, señaló, distingue únicamente entre excepciones dilatorias –o procesales- y perentorias- de fondo, o relativas al derecho del actor. Estas últimas forman, sin distinción ulterior –salvo la eventual de reconvención-, el contenido de la contestación del demandado. *Excepciones y contestación* se identifican, pues, en nuestra ley.”.

En todo caso, el maestro Chiovenda clamó por separar exactamente las distintas cosas que a su juicio estaban confusamente comprendidas en el único nombre de excepciones, por lo que luego de analizar la actividad defensiva del demandado, es decir, las razones en que se funda, señaló que

“...esta defensa puede tomar tres formas, a que corresponden estos tres significados de excepción, que restringen gradualmente el concepto, y que se pueden representar gráficamente en tres círculos concéntricos:

“1. En un sentido general, excepción significa *cualquier medio del que se sirve el demandado para justificar la demanda de desestimación*, y, por lo tanto, también la *simple negación* del fundamento de la demanda actora; también en este sentido general se comprende corrientemente, y a veces por la misma ley las impugnaciones que se refieren a la regularidad del procedimiento.

“2. En sentido más estricto comprende toda defensa de fondo que no consista en la simple *negación* del hecho *constitutivo* afirmado por el actor, sino en la contraposición de un *hecho impeditivo* o *extintivo* que excluya los efectos jurídicos del hecho constitutivo afirmado por el actor, y, por lo tanto, la acción (ejemplos: excepciones de simulación, de pago, de novación).

“3. En sentido todavía más estricto, excepción comprende –como veremos- sólo la contraposición al hecho *constitutivo* afirmado por el actor de hechos *impeditivos* o *extintivos* tales que por *sí mismos* no excluyen la acción (tanto, que, si son afirmados por el actor, el juez no puede tenerlos en cuenta), pero dan al *demandado* el *poder jurídico* de anular la acción. Ejemplos: excepciones de prescripción, de incapacidad, de dolo, de violencia, de error. Esta última llámase excepción *en sentido propio*, y de ésta nos ocupamos en las observaciones que vienen a continuación.”<sup>93</sup>

Al decir del citado eminente profesor de Roma, ‘la excepción en sentido propio es, un *contra-derecho*<sup>94</sup> frente a la acción, y precisamente por esto, un derecho de impugnación, es decir, un derecho potestativo dirigido a la *anulación de la acción*. Y se dice que la excepción es un contra-derecho, en el sentido de que es un poder de anulación que se dirige *contra* otro derecho, no ya en el sentido que el demandado, oponiendo la excepción, pida algo más o cosa distinta de la desestimación de la demanda.”

La excepción, decía el maestro Chiovenda, se distingue de los otros derechos de impugnación precisamente porque, como excepción, su eficacia de anulación está limitada a la acción. Mientras los derechos de impugnación tienen una extensión más o menos grande, según la intención que se proponga el actor, y por regla general se dirigen contra la relación jurídica toda, la excepción tiene, por definición, límites obligados: no puede tener otro efecto que el de anular la acción, es decir,

---

<sup>92</sup> CHIOVENDA, Giuseppe (1936): *Instituciones de Derecho Procesal Civil, Volumen I*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, pp. 363 y ss.

<sup>93</sup> Ob. Cit. pp. 364 y 365

<sup>94</sup> También así lo concibe COUTURE, Eduardo J. (1981): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Depalma, Buenos Aires, pp. 89 -119.



aquella única acción que ha sido propuesta y contra la cual se dirigen, dejando intacta la relación jurídica con todas las otras acciones que pueden derivar de ella en el futuro. Sólo en los casos de relaciones jurídicas particularmente sencillas, que se agotan en un solo derecho y en una sola acción, puede ocurrir que, indirectamente, la eficacia de la excepción se refleje en la vida misma de la relación jurídica. Si ocurre, algunas veces, que, aparentemente, la excepción trasciende la esfera de la acción, es que la excepción ha dejado de ser tal y se ha transformado, por voluntad del demandado, en una acción reconventional de impugnación.

Ahora bien, como lo señalaba el citado profesor, cualquier defensa, aun la simple negación de la acción constituye un derecho del demandado, en el sentido de que el demandado tiene derecho a defenderse con todos los medios que están a su alcance. Pero como él mismo lo señalara, la excepción es un derecho en el sentido de que el demandado *tiene derecho a impugnar la acción*, y esto no ocurre sino en casos determinados: Si se paga la deuda o ésta es condonada; si tiene lugar la novación, la confusión, la pérdida de la cosa pedida; si se realiza la condición resolutoria; casos en que la acción desaparece *sin más*. Empero, si, por ejemplo, el contrato fue simulado, la acción *no ha nacido*. En estos casos, el juez desestima la demanda, no porque haya querido el demandado proponer la excepción, sino porque la acción *no existe*, y el juez no puede acoger demandas infundadas. Si, por el contrario, se trata de prescripción, de compensación, de retención, de incapacidad, de vicios en el consentimiento, de lesión, etc., etc., el juez, faltando de excepción, debe acoger la demanda; porque la acción, mientras no quiera el demandado valerse de su derecho de impugnarla, existe y la demanda es fundada.

En consecuencia, se puede afirmar que cualquier defensa, aun la simple negación de la acción constituye un derecho del demandado, en cuanto que, cuenta para ello con todos los medios que estén a su alcance, lo cual no se puede confundir de manera alguna con el derecho que le asiste al demandado de impugnar la acción, finalidad propia y perseguida por la excepción.

Sobre el alcance de las “excepciones” en el derecho procesal colombiano, el profesor Hernando Morales Molina, citando para ello a la Corte Suprema de Justicia, señaló:

“...la excepción comprende cualquier defensa de fondo que no consista en la simple negación del hecho afirmado por el actor, sino en **contraponerle otro hecho impeditivo o extintivo que excluye los efectos jurídicos del primero**... Por consiguiente, la excepción perentoria, cualquiera sea su naturaleza, representa un verdadero contraderecho del demandado, preexistente al proceso y susceptible de ser reclamado generalmente a su vez como acción... (G.J., tomo LIX, pág. 406)”<sup>95</sup> (negrilla fuera de texto)

Y más adelante, expuso:

“...Así las cosas, se da propiamente el nombre de “defensa” a la negación que el demandado formula frente al derecho alegado por el demandante”, pues la excepción consiste, se repite, en poner un obstáculo temporal o perpetuo a la pretensión; en cambio la defensa es una oposición al reconocimiento del derecho material”.

Nótese, en consecuencia, que las excepciones son verdaderos “hechos” y no simples “negaciones” de lo que el demandante alega, ni mucho menos argumentaciones jurídicas para buscar evidenciar la no exigibilidad de lo que se demanda.

Explicó además el citado profesor Morales Molina lo que debe entenderse por “hecho impeditivo” y “hecho extintivo”, en los siguientes términos:

“Los **hechos impeditivos** llevan a que se desconozca la existencia de una obligación, impiden el nacimiento del derecho y por consiguiente del deber correlativo; los **hechos extintivos** llevan a

---

<sup>95</sup> MORALES MOLINA, Hernando. “Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General”, sexta edición, ed. ABC, Bogotá, 1973, p. 145

declarar extinguido un derecho que tuvo existencia y, por tanto, a declarar extinguido el deber correlativo”  
(...)

“En sentido estricto, pues, la excepción no consiste en la simple negación del derecho afirmado por el actor, sino en la contraposición de un hecho impeditivo o extintivo que excluye sus efectos jurídicos y por lo mismo la pretensión”<sup>96</sup>

Por lo anterior, señaló, no es excepción la carencia de acción ni la inexistencia de la obligación, como bien lo dice la Corte:

“La llamada carencia de acción no es excepción porque ésta presupone la acción que ella enerve o destruye; y la denominada **inexistencia de la obligación tampoco tiene tal calidad exceptiva, porque no es excepción perentoria la simple negación del derecho afirmado por el actor** sino un hecho impeditivo o extintivo que excluya sus efectos jurídicos” (LVIII, p. 109). (Negritillas fuera de texto).

Para el Doctor Hernando Morales Molina, las excepciones son las de “fondo” o de “mérito”, y las excepciones “procesales” que el Código llama “previas”. Las primeras atañen al derecho sustancial, las segundas, a la forma o procedimiento; las unas conciernen a la pretensión misma, las otras al modo como ésta se hace valer. Ambas pueden ser perentorias y dilatorias.<sup>97</sup>

De igual manera, el profesor Hernando Devis Echandía<sup>98</sup>, señaló que, en sentido estricto, por oposición se entiende el ataque o la resistencia del demandado a la pretensión del demandante o a la relación material pretendida, pero en sentido más amplio comprende también las defensas, dirigidas al procedimiento para suspenderlo, mejorarlo a anularlo, o sea la relación jurídica-procesal. A su vez, dijo, la defensa en sentido estricto existe cuando el demandado se limita a negar el derecho pretendido por el actor, o los hechos constitutivos en que éste se apoya, o su exigibilidad o eficacia en ese proceso, en tanto que la excepción existe cuando el demandado alega hechos impeditivos del nacimiento del derecho pretendido por el actor, o extintivos o modificativos del mismo, o simplemente dilatorios que impiden que en ese momento y en tal proceso se reconozca la exigibilidad o efectividad del derecho, distintos en todos los casos de los hechos que el demandante trae en su demanda en apoyo de su pretensión o que consisten en diferentes modalidades de aquellos hechos, razón por la cual la carga de probarlos corresponde al demandado. A su juicio, el demandado puede fundar su oposición a la demanda en dos clases de razones: la simple negación del derecho del demandante y de los hechos de donde pretende deducirlo, o la afirmación de hechos distintos o de modalidades de los mismos hechos que tienden a destruir, modificar o paralizar sus efectos. Cuando aduce la primera razón se limita a oponer una defensa en sentido estricto; cuando alega la segunda, propone una excepción.

Para el mencionado profesor las excepciones de mérito o fondo son de dos clases, a saber: perentorias y dilatorias. Las perentorias persiguen que se declare la extinción de la obligación cuyo nacimiento no se discute o la inexistencia del derecho pretendido a pesar de su aparente nacimiento y en razón de algún hecho impeditivo, con lo que la pretensión del actor queda destruida para siempre, o su modificación favorable también definitiva; y, las dilatorias excluyen la pretensión como actualmente exigible, en ese proceso o impiden decisión en el fondo y hacen que la sentencia sea inhibitoria, por lo que puede volverse a formular en otro proceso posterior.

Al respecto, el profesor Devis Echandía ensayó la siguiente clasificación:

---

<sup>96</sup> Ibid., p. 146

<sup>97</sup> MORALES MOLINA, Hernando (1985): “*Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General.*” Novena Edición, ABC, Bogotá, 1985, pp. 155-156

<sup>98</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1981): “*Compendio de Derecho Procesal. Tomo I, Teoría General del Proceso.*” ABC Bogotá, pp. 245 - 247

- 1) *Excepciones perentorias definitivas materiales* que son las que niegan el nacimiento del derecho pretendido por el demandante y el de la obligación correlativa, o de la relación jurídica pretendida por aquél, y se refieren a hechos en virtud de los cuales los efectos jurídicos perseguidos no se produjeron nunca, a pesar de la realización del acto que normalmente deba originarlos. Son los hechos que impiden que el actor sea el titular del derecho aun cuando se haya probado el acto del cual debía emanar (como las causas de nulidad absoluta consagradas en la ley civil, la falsedad del título o la simulación), o que la relación jurídica haya surgido (como la falta de una solemnidad *ad substantian actus*). Estas excepciones dejan resuelto el punto definitivamente con valor de cosa juzgada.
- 2) *Excepciones perentorias definitivas procesales*. Son las que, sin negar el nacimiento del derecho pretendido por el actor, persiguen extinguirlo definitivamente, o modificarlo también definitivamente, y por ello excluyen para siempre la pretensión, con fuerza de cosa juzgada. Configuran estas excepciones todos los hechos en virtud de los cuales la ley considera que una obligación se extingue (C.C. art. 1625): el pago, la remisión, la novación, la prescripción, la confusión, la transacción, la cosa juzgada, la condición resolutoria, la nulidad relativa del título.
- 3) *Excepciones dilatorias*, que son los hechos en virtud de los cuales, sin que se niegue el nacimiento del derecho del actor ni se afirme su extinción, paralizan sus efectos para ese proceso únicamente, es decir, impiden que sea actualmente exigible, pero no constituyen cosa juzgada, dejando la facultad de iniciarlo nuevamente cuando la situación se modifique, pero que se dirigen contra el fondo de la cuestión debatida y contra la pretensión del demandante. Es decir, sus efectos son temporales. Ejemplos: el plazo no vencido, la condición no cumplida, la petición de modo indebido que impida resolver en el fondo (por indebida acumulación de pretensiones, o porque sea tan confusa que no pueda interpretarse), la *non adimpleti contractus* o de contrato no cumplido temporalmente.

Por su parte, a juicio del doctor Hernán Fabio López Blanco, así como el demandante tiene el derecho de acción, el demandado tiene el derecho de contradicción que se concreta en la presentación de las excepciones perentorias que le asisten, pues en estricto sentido, dice, sólo éstas tienen carácter de excepción, pues son ellas las que se dirigen a contrarrestar la pretensión presentada por el demandante.<sup>99</sup>

Al decir del profesor Hernán Fabio López Blanco, las excepciones perentorias “son las que se oponen a las pretensiones del demandante, bien porque el derecho alegado en que se basan nunca ha existido, o porque habiendo existido en algún momento se presentó una causa que determinó su extinción o, también, cuando no obstante que sigue vigente el derecho, se pretende su exigibilidad en forma prematura por estar pendiente un plazo o una condición”<sup>100</sup>, las cuales agrupa en tres grandes grupos, a saber:

- 1) *Excepciones perentorias definitivas materiales* que son las que niegan el nacimiento del derecho base de la pretensión, o aceptando en alguna época su existencia se afirma su extinción, como sería el caso de la nulidad absoluta del contrato, el pago, la prescripción, en fin, cualquiera de los medios típicos y atípicos de extinción de las obligaciones.
- 2) *Excepciones perentorias temporales*, en las cuales el derecho pretendido existe, no se ha presentado ninguna causa que lo extinga, pero se pretende su efectividad antes de la oportunidad debida para hacerlo, como cuando se demanda el cumplimiento de una obligación estando aún pendiente el plazo pactado o sin cumplirse la condición estipulada.

---

<sup>99</sup> LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio (2005): “*Instituciones de Derecho Procesal Colombiano*.” Tomo I, Parte General. Dupré Editores, Bogotá, p. 552

<sup>100</sup> Ibid.

- 3) *Excepciones perentorias de raigambre netamente procesal* cuando no existe legitimación en la causa respecto de cualquiera de las partes como sucede, por ejemplo, si quien demanda no está asistido por el derecho sustancial o cuando estándolo la dirige contra quien no es el obligado, hipótesis que es diversa de las dos anteriores pues las primeras parten de la base de que la relación jurídico material se dio entre las partes, mientras que en la última jamás ha existido.<sup>101</sup>

De conformidad con todo lo anteriormente expuesto, se tiene que las denominadas “EXCEPCIONES” formuladas por las Partes al contestar la demanda arbitral así como la demanda de reconvencción y su reforma, respectivamente, pertenecen al grupo que en nuestra legislación y doctrina no corresponden a una “excepción” como tal, sino a lo que se conoce como “simples negaciones”, “oposiciones” o “simples defensas”.

En efecto, al contestar la demanda arbitral, la **Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-** agrupó en un capítulo titulado “Excepciones de mérito contra las pretensiones de la demanda” su oposición al total de las pretensiones con las siguientes excepciones: “5.1. La renuncia de algunas pretensiones por parte de la ANI en el marco del acuerdo conciliatorio suscrito con el concesionario, no configura el desistimiento de que trata el artículo 314 del CGP., toda vez que constituye un pacto procesal y no genera efectos de cosa juzgada”; “5.2. El acuerdo conciliatorio y el auto aprobatorio NO declararon extinguida la obligación de mantenimiento a cargo del concesionario, ni anuló total ni parcialmente el pliego de condiciones, ni la propuesta del concesionario, ni el contrato con sus apéndices y anexos, de manera que la obligación de mantenimiento sigue incólume y es exigible por parte de la ANI; “5.3. El contrato es ley para las partes y debe ser cumplido de buena fe.” / “La oferta presentada por el concesionario en el marco de la licitación pública No. 005 de 1994, en cuanto respecta al mantenimiento ofrecido es obligatoria y vinculante tanto para la entidad como para el concesionario, y no constituyen actividades hipotéticas ni sujetas a los estudios y diseños”; “5.4. El índice de estado de la vía no determina el cumplimiento o no de la obligación de mantenimiento, consistente en colocar una carpeta asfáltica de refuerzo de 5.0 cms., a todo lo largo de la vía”; 5.5. Contrato no cumplido por parte del concesionario”; “5.6. Violación de la buena fe contractual”; 5.7. Como quiera que el plazo de ejecución y/o la etapa de operación del contrato de concesión No. 0664 de 1994, terminó el 30 de noviembre de 2017, por disposición de laudo arbitral anterior, La Unión temporal Devinorte y todos sus integrantes deben pagar en favor de la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI., el valor correspondiente de la obligación de colocar la sobrecarpeta asfáltica de refuerzo a todo lo largo de la vía, a la ejecutoria del laudo arbitral que ponga fin a este proceso.”

A su vez, al contestar la reforma de la demanda de reconvencción, las sociedades integrantes de la **Unión Temporal para el Desarrollo del Norte de Bogotá** y la Unión Temporal misma, bajo el título de “EXCEPCIONES DE MÉRITO, CONTRADICCIONES Y DEFENSAS” se opusieron a las pretensiones de la entidad convocada y demandante en reconvencción, con las defensas que agrupó de la siguiente forma: “V.1- INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE COLOCAR UNA CARPETA ASFÁLTICA DE REFUERZO A TODO LO LARGO DE LA VÍA CONCESIONADA. COSA JUZGADA. EFECTO DERIVADO DEL DESISTIMIENTO ACTUADO POR LA ANI EN FRENTE DE LAS PRETENSIONES ATINENTES AL PROGRAMA DE MANTENIMIENTO INCLUIDAS DENTRO DE UN ACUERDO CONCILIATORIO Y COBIJADAS POR UN LAUDO ARBITRAL.”; V.2.- IMPROCEDENCIA DE LA SOLICITUD DE COLOCAR UNA CARPETA ASFÁLTICA DE REFUERZO A TODO LO LARGO DE LA VÍA CONCESIONADA Y/O DE HACER CUALQUIER RECONOCIMIENTO ECONÓMICO EN SUSTITUCIÓN DE LA COLOCACIÓN DE LA MISMA.”; “V.3.- NO PROCEDIBILIDAD DEL REEMBOLSO DE LOS DINEROS OBTENIDOS POR CONCEPTO DE VENTA DE PUBLICIDAD EN LOS SITIOS DE RECOLECCIÓN DE PEAJE.”; “V.4.- CUMPLIMIENTO CABAL DE LA OBLIGACIÓN DE REVERSIÓN DE LOS BIENES AFECTOS AL PROYECTO EJECUTADO COMO RESULTAS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 0664 DE 1994.”;

---

<sup>101</sup> Ibid.

“V.5.- ACERCA DE LA INTERPRETACIÓN DE LAS ESTIPULACIONES CONTRACTUALES – INTERPRETACIÓN EN FAVOR DEL DEUDOR.”; “V.6.- IMPROCEDENCIA DE RECONOCIMIENTO Y PAGO EN FAVOR DE LA ANI DE INTERESES DE MORA.”; y V.7. EXCEPCIÓN GENÉRICA y APLICACIÓN TRANSVERSAL DE LAS EXCEPCIONES, CONTRADICCIONES Y DEFENSAS”

Como se observa, se trata de medios de defensa, pero no, en estricto rigor, de excepciones de mérito.

De esta manera, resulta erróneo e impreciso, emplear el nombre de EXCEPCIONES para denominar cualquier actividad de defensa del demandado, es decir sin importar cuál es la razón sobre la cual se fundamenta para pedir la desestimación de las pretensiones de la demanda.

Por supuesto que esta actividad hace parte de los actos del demandado, que expresan el poder jurídico de resistencia u oposición a las pretensiones del actor planteadas en la demanda, las cuales se explican en razón a que el proceso está estructurado con base en los derechos de audiencia, defensa, contradicción y debido proceso.

La Corte Suprema de Justicia reiteradamente ha señalado que, en cuanto a las excepciones, ellas más que una denominación jurídica, son hechos que debe concretar el opositor, para que la contraparte con un debate legal sepa cuáles contrapruebas ha de presentar y de qué modo ha de organizar la defensa. En consecuencia, como también reiteradamente lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, cuando el demandado dice que excepciona, pero limitándose a denominar más o menos caprichosamente la presunta excepción, sin traer al debate hechos que le den sentido y contenido a esa denominación, no está en realidad oponiendo excepción alguna, o planteando una contrapretensión, ni por lo mismo colocando al juez o tribunal en la obligación de hacer pronunciamiento alguno al respecto.

En todo caso, aun cuando muchos de los argumentos planteados por cada una de las Partes como oposición a la demanda arbitral y de reconvenición no constituyan excepciones propiamente tales, según ha quedado dicho, el Tribunal procederá a pronunciarse sobre tales oposiciones al resolver sobre el fondo del asunto, en el acápite correspondiente al estudiar cada una de las pretensiones, momento en el cual también despachará las que sean verdaderas excepciones, si las hubiere.

## C. SOBRE LOS DICTÁMENES PRESENTADOS

Sin perjuicio de los dictámenes decretados, rendidos y contradichos en el proceso arbitral anterior que fueron trasladados como pruebas a este proceso, en éste, las Partes presentaron los siguientes dictámenes:

La Parte Convocante y Convocada en reconvenición, presentó los siguientes:

- **Dictamen pericial en temas de Ingeniería** rendido por el Ingeniero Jaime D. Bateman Durán, aportado el 10 de enero de 2018.<sup>102</sup>

Si bien, con el propósito de contradecir el dictamen, la Agencia Nacional de Infraestructura ANI solicitó la comparecencia del Ingeniero Bateman Durán para procurar su declaración acerca de su idoneidad y del contenido del dictamen, después desistió de ella.

- **Dictamen** elaborado por Santiago Camacho y Juan Felipe Castro de **Nexus Banca de**

---

<sup>102</sup> Folios 5 a 95, Cuaderno de Pruebas No. 1

**Inversión**, aportado el 29 de octubre de 2018<sup>103</sup> para contradecir el Dictamen contable y financiero rendido por Alonso Fernando Castellanos Rueda representante legal de Capital Corp S.A.

En audiencia de 28 de noviembre de 2018, el Tribunal recibió las declaraciones tanto del perito Alonso Fernando Castellanos Rueda representante legal de **Capital Corp S.A.** como las declaraciones de Santiago Camacho y Juan Felipe Castro de **Nexus Banca de Inversión**.

A su vez, la Parte Convocada y Convocante en Reconvención presentó los siguientes dictámenes:

- **Dictamen Contable y Financiero** rendido por **Capital Corp S.A.S.**, representada por Alonso Fernando Castellanos Rueda, aportado el 24 de septiembre de 2018.<sup>104</sup>
- **Dictamen** elaborado por **Capital Corp S.A.S.**, aportado el 23 de noviembre de 2018<sup>105</sup> con el objeto de contradecir el presentado por Nexus Banca de Inversión para contradecir el “...Peritaje Contable y Financiero realizado por CapitalCorp para el Tribunal de Arbitramento entre la Unión Temporal para el Desarrollo del Norte de Bogotá – Devinorte y la Agencia Nacional de Infraestructura”.

En audiencia de 28 de noviembre de 2018, el Tribunal recibió las declaraciones tanto del perito **Alonso Fernando Castellanos Rueda** representante legal de **Capital Corp S.A.** como las declaraciones de Santiago Camacho y Juan Felipe Castro de **Nexus Banca de Inversión**.

Ninguno de los peritajes fue objetado por las Partes.

### III. CONSIDERACIONES

#### A. EL MARCO NORMATIVO Y DE POLÍTICA PÚBLICA SOBRE LA INFRAESTRUCTURA VIAL NACIONAL QUE GUIÓ LA CELEBRACIÓN Y EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE CONCESION No. 0664 DE 1994

Acerca del marco normativo y de política pública sobre la infraestructura vial nacional que guió la celebración del Contrato de Concesión y, posteriormente, la suscripción de las adiciones, otrosíes o modificaciones que le fueron introducidas durante su vigencia, el Tribunal de Arbitramento se remite a lo expuesto sobre el particular en el Laudo proferido el 6 de octubre de 2016 en el Proceso Arbitral surtido entre las mismas Partes, en el cual se concluyó que el Contrato No. 0664 de 1994 celebrado entre el Instituto Nacional de Vías - INVIAS -, luego cedido al Instituto Nacional de Concesiones - INCO, hoy Agencia Nacional de Infraestructura - ANI y la Unión Temporal para el Desarrollo del Norte de Bogotá DEVINORTE, es un Contrato de Concesión de Obra Pública de Primera Generación, que se rige íntegramente por el marco normativo y de política pública existente al momento de su celebración – esto es, la Ley 105 de 1993- así como por las normas que la modifican, complementan o sustituyen. Es un Contrato de Concesión para ejecutar, según lo establecido en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los Estudios, Diseños Definitivos, las Obras de Rehabilitación y de Construcción, la Operación, el Mantenimiento y la Administración Fiduciaria del Proyecto Vial denominado Desarrollo Vial del Norte de Bogotá, en el Departamento de

---

<sup>103</sup> Folios 169 a 178, Cuaderno de Pruebas No. 1

<sup>104</sup> Folios 104 a 163, Cuaderno de Pruebas No. 1

<sup>105</sup> Folios 179, Cuaderno de Pruebas No. 1

Cundinamarca, cuyas características principales no mutaron con la suscripción de sesenta (60) documentos contractuales adicionales, otrosíes, modificaciones y acuerdos.

El citado Contrato terminó el 30 de noviembre de 2017 y está en proceso de liquidación.

## **B. SOBRE LA OCURRENCIA DE LOS HECHOS GENERALES QUE RODEARON LA ADJUDICACIÓN, CELEBRACIÓN, MODIFICACIÓN, EJECUCIÓN Y TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 0664 DE 1994**

Conforme a la revisión de los medios de prueba decretados, practicados e incorporados en legal forma durante la actuación procesal, incluido el expediente en el que consta el Proceso Arbitral con Radicado No. 2975 que se tramitó en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, el Tribunal destaca la ocurrencia de los siguientes hechos generales:

### **1. La Licitación Pública No. 005-94**

Mediante la Resolución No. 002342 del 12 de abril de 1994, el Instituto Nacional de Vías - INVIAS, ordenó la apertura de la Licitación Pública No. 005-94 para realizar los estudios y diseños definitivos necesarios para la ejecución de las obras de rehabilitación y ampliación de las calzadas existentes en los sectores Santafé de Bogotá (calle 236) – La Caro – Briceño, de la ruta 55 y Santafé de Bogotá (calle 236) – La Caro – Cajicá y Cajicá – Zipaquirá de la Ruta 45A. Construcción segunda calzada y pasos a desnivel en los sectores La Caro – Briceño de la Ruta 55 y La Caro (Teletón) – Cajicá de la Ruta 45A, Construcción de la Variante Cajicá y el mantenimiento de las obras y la operación de los sectores de carretera incluidos en la concesión.

Conforme al Pliego de Condiciones de la Licitación, el contrato a celebrar sería un **CONTRATO ESTATAL DE CONCESIÓN** definido en el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, cuya minuta se incluyó en el Anexo 7 de los citados Pliegos y, de acuerdo con la Ley 105 de 1993 y la política pública adoptada en materia de infraestructura vial nacional, correspondería a una Concesión de Primera Generación, en la cual la entidad concedente suministra el Anteproyecto - Planos, especificaciones y demás información técnica requerida-, a la cual debe ceñirse el Concesionario durante la ejecución del Contrato en la Etapa de Diseño y Programación, como en la Etapa de Construcción en lo que se refiere al conjunto de bases técnicas y demás información suministrada por la entidad pública concedente, pues en ésta deberá ceñirse igualmente al diseño definitivo elaborado por él mismo.

De conformidad con el “CAPÍTULO II. CONDICIONES PARTICULARES”, numeral “2.4. CONTENIDO DE LA PROPUESTA”, ésta debía contener:

#### “2.4.1. DOCUMENTOS DE LA PROPUESTA

(...)

“H. Propuesta para la operación del proyecto; que incluye el mantenimiento de las obras y la administración del proyecto, de acuerdo con las condiciones establecidas en el numeral 2.4.5.”

Según el numeral “2.4.2. PROPUESTA FINANCIERA” ésta debía tener los siguientes puntos, y una descripción detallada de cada uno de ellos:

“A. Inversión Total

“Monto de la inversión total prevista para la construcción de la obra, de acuerdo con el diseño que el proponente elabore con base en el anteproyecto y demás información técnica suministrada por el Instituto Nacional de Vías. Los precios y costos deben estar expresados en pesos colombianos a la fecha de apertura de la Licitación. Este concepto será entendido en su más amplia acepción y debe ser calculado mediante la agregación de las siguientes partidas:

- *Precios de elaboración del diseño*

Deberá incluir el costo de todas las actividades necesarias para la realización del diseño para construcción, de acuerdo con los alcances y el concepto de trabajo definido en la propuesta.

- *Precios de construcción*

Deberá cubrir los costos materiales, transportes, mano de obra, herramienta, maquinaria y todos los demás costos y gastos inherentes al cumplimiento satisfactorio de la rehabilitación y construcción de las obras; y en general todos los bienes, cualquiera que fuere su naturaleza que sea necesario incorporar, construir o adquirir por estar directa o indirectamente relacionados con la ejecución de la obra.

- *Costo financiero durante las etapas de diseño y programación, y construcción*

Deberá cubrir los costos generados por la utilización de los recursos financieros durante estas etapas.

- (...)”

Por su parte, en el numeral 2.4.5., se estableció:

“2.4.5. PROPUESTA PARA LA OPERACIÓN DEL PROYECTO

(...)

La propuesta para la operación del proyecto debe contener los siguientes puntos:

“A. Características generales de la operación:

(...)

- Los métodos constructivos que se ofrecen para llevar a cabo el mantenimiento de la obra. Debe incluirse un listado de las actividades a ser desarrolladas para el mantenimiento de la obra ya sean rutinarias, preventivas o de construcción parcial, y los recursos que cada una de ellas demanda.

(...)

“B. Programa para el mantenimiento de la obra.

“En el que se especifique semestralmente las tareas de mantenimiento rutinario y preventivo que deben desarrollarse para conservar y operar la obra en un todo de acuerdo con las condiciones de este Pliego y con el Reglamento para la Operación de Carreteras Concesionadas que se anexa. El programa debe realizarse sobre las actividades de conservación descritas en el literal anterior.”

En el CAPÍTULO III. REGLAMENTO PARA LA OPERACIÓN DE LAS CARRETERAS CONCESIONADAS”, numeral “9. CONDICIONES PARA EL PAVIMENTO”, se previó que “El Concesionario deberá realizar los trabajos de conservación, reparación y reconstrucción, necesarios para cumplir con las Normas de Mantenimiento de Carreteras Concesionadas, y un Índice de Estado de cuatro (4).”

Por su parte, en el numeral “25. REVERSIÓN” del citado Reglamento, se contempló que



“Al vencimiento de la etapa de operación, los bienes afectados a la concesión en los que se incluyen: los predios de la zona de carretera, la obra civil: calzadas, separadores, intersecciones, estructuras, obras de drenaje, obras de arte y señales, casetas de peaje y sus áreas de servicio y los equipos instalados para la operación del proyecto, revertirán al Instituto Nacional de Vías, con costo alguno, libres de todo gravamen y con un Índice de Estado que alcance una calificación mínima de 4.0 puntos de acuerdo con las Normas para el Mantenimiento de Carreteras concesionadas y el procedimiento para determinar el Índice de Estado de un pavimento de concreto asfáltico, anexas a estos Pliegos de Condiciones.

“No obstante, el Instituto Nacional de Vías, al vencimiento de la etapa de operación, podrá comprar al Concesionario, los bienes muebles o inmuebles distintos a los enumerados en la cláusula anterior, que sean necesarios para la operación del proyecto: plantas de asfalto, trituradoras, maquinaria, vehículos etc. El Concesionario no estará obligado a vender los bienes expuestos al Instituto Nacional de Vías.

“De igual forma, reconocerá las mejoras realizadas en los predios de la zona de carretera tales como estaciones de servicio, restaurantes, hoteles paradores etc.”

Finalmente, el Anexo No. 2 contempló las “NORMAS DE MANTENIMIENTO PARA CARRETERAS CONCESIONADAS”, en el cual se establecieron las relacionadas con la “REPARACIÓN DE PAVIMENTO” (Numeral 5) y el “SELLADO DE GRIETAS EN PAVIMENTOS”, así:

#### “5. REPARACIÓN DE PAVIMENTO

##### “5.1. DESCRIPCIÓN

“Este trabajo comprende la excavación y remoción de los materiales, a diferentes profundidades, en las áreas del pavimento que el interventor considere falladas o deterioradas para el posterior refuerzo del mismo.

“Comprende el cargue y el transporte de los materiales excavados hasta el sitio de desecho que indique el interventor. Comprende también la compactación del fondo de las excavaciones la pintura con producto asfáltico de este y de las paredes del hueco y el relleno con material de base o mezcla asfáltica según la profundidad.

##### “5.2. PROCEDIMIENTO DE CONSTRUCCIÓN

“Los trabajos de reparación del pavimento se deberán ejecutar en los sitios señalados por el interventor, utilizando equipos mecánicos como compresor y martillos neumáticos, escarificadoras, fresadoras o por medios manuales dependiendo del área por reparar.

“De todos modos los bordes de la excavación deben formar ángulos rectos en sus vértices. Deberán ser verticales. El fondo de la excavación deberá ser plano y compactarse al 95% de la densidad máxima Proctor Modificado si es un material granular.

“En ningún caso se dejarán excavaciones expuestas al tránsito.

#### “6. SELLADO DE GRIETAS DE PAVIMENTO

##### “6.1. DESCRIPCIÓN

“Este trabajo comprende las labores necesarias para el sellado de grietas que se presenten en pavimentos asfálticos o de concreto de cemento, tales como la limpieza, secado y relleno de la grieta con un producto bituminoso o con una mezcla de este con arena o con otro material debidamente aprobado por el interventor. Comprende la mano de obra y materiales necesarios para la ejecución de los trabajos de sellado de grietas.

“6.2 PROCEDIMIENTO DE CONSTRUCCIÓN

“Los trabajos de sellado de grietas en pavimentos se deberán ejecutar en los sitios señalados por el interventor, utilizando los materiales requeridos de acuerdo con la magnitud de la grieta, previa remoción de los materiales sueltos o inadecuados. Se podrán utilizar equipos mecánicos o métodos manuales para la ejecución de esta operación.”

2. La propuesta de los oferentes y luego adjudicatarios

En virtud del contrato de promesa de asociación futura en Unión Temporal conformada por Fiduciaria del Estado S.A., Cano Jiménez Estudios y Construcciones Ltda., Equipo Universal Ltda., Castro Tcherassi Ltda., Topco S.A., Civilia Ltda., Wackenhut de Colombia S.A., Colserauto S.A., Enfaseguros Ltda., Instituto de Fomento Industrial IFI y Corfitolima S.A., mediante comunicación calendada el 29 de julio de 1994, ésta presentó al Instituto Nacional de Vías – INVIAS, propuesta en siete (7) volúmenes, cuya copia aparece en los Cuadernos Nos. 2, 3 y 4 de Pruebas, para la construcción del Proyecto Vial del Norte de Bogotá por el sistema de Concesión, de acuerdo con los Pliegos de Condiciones y demás documentos de la Licitación No. 005-94.

En dicha comunicación se señaló “j. Que la presente oferta tiene una vigencia de Ciento Cincuenta (150) días calendario a partir de la fecha de cierre de la Licitación, que las tasas de Retorno (TIR) del inversionista es de 36.95% y del proyecto es de 34.23%.” y “m. Que el esquema financiero que se utilizará para el financiamiento de la inversión inicial”, sería el siguiente:

FUENTE DE RECURSOS	MONTO	%
Capital de Riesgo	\$18.260.000.000	26.31
Recursos de Entidades Financieras	\$40.402.372.000	50.22
Otras fuentes (Peajes)	\$10.728.806.000	15.47
TOTAL	\$69.391.178.000	100.00

Así mismo, se señaló “n. Que los plazos ofrecidos para la ejecución del contrato, expresado en años y meses de

- Plazo para la etapa de diseño, y programación:	6 Meses
- Plazo para la etapa de construcción:	24 Meses
- Plazo para la etapa de operación:	13 Años
PLAZO TOTAL	15 Años

La propuesta señaló el valor de las tarifas de los peajes por cobrar, según la categoría de los vehículos, en las estaciones Los Andes Ruta 45A y Santa Fe de Bogotá - La Caro Ruta 55, e indicó que el porcentaje de vehículos, para todas las categorías vehiculares, que solicitó fuera garantizado, con respecto al establecido en el Capítulo II- numeras 2 del Volumen II del Pliego de Condiciones, durante todos los años de operación, sería del 70%; que el porcentaje de aumento en las cantidades de obra, con respecto a las establecidas en la propuesta, a partir del cual se asumiría el 100% de los sobrecostos sería del de 30% y, que las obras opcionales ofrecidas de acuerdo con el numeral 5.7 del anexo 1 del Volumen IV del Pliego de Condiciones y el mes de la etapa de operación en el cual se entregarían serían: La doble calzada Cajicá – Zipaquirá (3) y Variante de Portachuelo (6).

Un desarrollo de las Propuestas de Financiamiento Total, está contenida en el Volumen 2, Propuesta Financiera, en la cual se dijo lo siguiente:

“INVERSION TOTAL

“La inversión total del proyecto, de acuerdo con lo contemplado en la propuesta técnica adjunta, es la siguiente, expresada en pesos de mayo de 1994. Se contempla un plazo para la etapa de diseño y programación de 6 meses, así como un plazo para la etapa de construcción de 24 meses. Los flujos corrientes han sido descontados mes a

mes teniendo en cuenta una inflación del 21% anual. Las cifras de inversión aquí contempladas se refieren exclusivamente a este período inicial de 30 meses, destacándose más adelante las relacionadas con el proyecto de operación.

INVERSIONES DURANTE LA ETAPA DE CONSTRUCCIÓN	
	MILES \$
VALOR TOTAL ESTUDIOS Y DISEÑOS	1.175.862.
VALOR TOTAL CONSTRUCCIÓN	48.293.910.
PRESUPUESTO ADQUISICIÓN PREDIOS	9.192.600.
PROYECTO	58.662.372.
VALOR TOTAL OPERACIÓN	2.433.132.
INFRAESTRUCTURA OPERACIONAL	476.864.
PRESUPUESTO ADQUISICIÓN PREDIOS	9.192.600.
PRESUP. INTERVENTORÍA DEL I.N.V.	2.349.220.
DIRECCIÓN CONTROL DE CALIDAD	1.690.221.
COMISIÓN LIDER PROYECTO	947.680.
COSTOS FIDUCIARIOS	641.264.
COSTOS (ADMINISTRACIÓN)	373.889.
IMPREVISTOS	1.425.809.
OTROS (POLIZA Y LEGALIZACIÓN)	390.727.
ADMINISTRACIÓN	10.728.806.
TOTAL	\$69.391.178.

“El valor presente de esta inversión en la etapa de construcción tiene 2 claros componentes: El relacionado con el **PROYECTO** mismo, así como el que tiene que ver con la **ADMINISTRACIÓN** durante esta etapa constructiva.

“Cada uno de estos componentes tiene una financiación propia, como se especifica a continuación:

- La **ADMINISTRACIÓN** involucra lo relacionado con el valor total de la operación, la infraestructura operacional, el presupuesto de interventoría del I.N.V., la dirección de control de calidad, la comisión del líder del proyecto, los costos fiduciarios, los costos de administración, los imprevistos y otros (legalización del contrato y pólizas), por un valor total de \$10.728.8 millones. Esta parte del costo del proyecto será financiada por los recursos provenientes de los ingresos del peaje durante la etapa de construcción (a partir del mes 7 y en los niveles mínimos propuestos por el I.N.V.) los cuales ascienden a \$11.312.6 millones.
- El **PROYECTO** involucra lo relacionado con el valor total de construcción, el presupuesto de adquisición de predios, así como el valor total de estudios y diseños, esto es, \$58.662.4 millones. Esta parte de la inversión será financiada, en primer lugar con recursos propios en cuantía aproximada al 30% (\$18.000 millones) provenientes de la unión temporal donde participan constructores, fiduciaria, operadores y corporaciones financieras, principalmente. El resto, \$40.700 millones, proviene de créditos en moneda legal y extranjera, obtenidos en principio entre 3 y 4 años, los que se han pactado con recapitalización de intereses hasta el final del período de construcción, teniendo en cuenta la poca capacidad de recursos autogenerados por el proyecto en sus etapas iniciales.

(...)

“**SITUACIÓN DEL PROYECTO AL TERMINAR LA CONSTRUCCIÓN**

“Teniendo en cuenta el efecto de la inflación (21% anual), así como el ajuste de carga financiera durante el período de construcción, la situación prevista en el momento de conclusión de las obras sería el de un proyecto con activos del orden de \$110.000 millones de la época (representados en la carretera y el contrato de concesión), así como pasivos del orden de \$85.000 millones, con un patrimonio contable de \$25.000 millones.

“Los activos del proyecto incluyen el valor corriente de todas las inversiones mencionadas en el rubro de construcciones (\$82.000 millones), así como la ‘activación’ de todos los gastos financieros de la etapa de construcción (aproximadamente \$28.000 millones). Los pasivos, además del valor del capital, incluyen la capitalización de los intereses (\$28.000 millones). El equity ha sido actualizado a precios corrientes, en los casos en donde los participantes están aportando un porcentaje de las cuentas de cobro o comisiones.

“Se estimó, igualmente, una valoración mínima derivada de poseer una cartera totalmente construida, con un contrato de concesión por 150 meses con el Gobierno Nacional, en una zona de primer orden dentro del territorio nacional. Esta valorización se calculó, para dicho momento, en aproximadamente el 15% del valor del

activo, esto es, \$15.000 millones, situando el patrimonio del proyecto en \$40.000 millones. Esta valorización contable cubriría, de alguna manera, el riesgo en que han incurrido los aportantes iniciales de capital del proyecto.

(...)

“Dentro de las memorias de cálculo el flujo de efectivo del proyecto se ha realizado con una inflación del 21%, obteniéndose una evaluación positiva del proyecto durante esta etapa, con una rentabilidad para la **inversión** del 36.95% efectiva anual y de 34.23% efectiva anual para el **proyecto**, lo que permite claramente visualizar la viabilidad financiera y económica del mismo.

“Los ingresos por concepto de peaje se han diseñado de conformidad al tipo de vehículo y a las especificaciones mínimas dadas por el Instituto. Adicionalmente, se han incluido en los flujos las variables de costos financieros, servicio de la deuda, capitalización, impuestos, etc., conforme a la ley colombiana. Para la etapa de operación se ha considerado un tiempo de 150 meses que sumados a la etapa de diseño y construcción (30 meses) da un tiempo total de 180 meses (15 años).”

Por su parte, en el Volumen VI, Tomo I, está contenido, entre otros, el programa de mantenimiento de la vía que ofreció realizar el proponente, en los siguientes términos:

#### “9.2 PROGRAMA PARA EL MANTENIMIENTO DE LA VÍA

“Se han clasificado dos tipos de mantenimiento así:

- Rutinario

“Se refiere a las labores de rocería, limpieza de obras de drenaje, limpieza de descoles e incoles, limpieza de señales, y reposición de taches reflectivos, etc.

- Periódico

“Incluye trabajos de parcheo, colocación de sobrecarpetas, revaluación de la señalización horizontal, reconformación de taludes, suministro e instalación de delineadores de ruta, señales verticales, poste de referencia, reparación de obras de arte.

“Durante la etapa de diseños definitivos cuantificaremos el alcance de cada uno de los trabajos requeridos, de acuerdo con la siguiente metodología:

- Mantenimiento rutinario

“Como primera etapa se hará un inventario físico detallado a lo largo de la vía, identificando y cuantificando las labores a realizar, los cuales llevaremos a cabo tan pronto se haya iniciado la etapa de operación.

#### “MANTENIMIENTO PERIODICO.

“Se distinguen tres frentes básicos de trabajo como son:

“1. Estructura de pavimento

“2. Señalización y seguridad vial

“3. Mantenimiento de obra de drenaje y de andenes

#### “1. Estructura de Pavimento

“Para la cuantificación de los trabajos necesarios se requiere la correcta y detallada identificación y evaluación periódica del pavimento existente, el cual consiste en medir las características superficiales y sus deflexiones (Viga Benkelman) para determinar su valor estructural residual.

“Dentro de las características superficiales se incluirá información acerca de baches, drenaje, condiciones ambientales y principalmente el tipo y cantidad de fisuración. Los daños superficiales se podrán clasificar en deformaciones, fisuraciones, agrietamientos, desprendimientos y afloramientos.

“Con base en los parámetros ya mencionados identificaremos las zonas y/o sitios, cuyo mantenimiento y/o reparación sea de tipo puntual o de refuerzo continuo.

“Las principales técnicas de reparación puntual podrían ser:

- Parcheo
- Sellado de Grietas

“En los años 7 y 8, y 13 y 14 se tiene previsto colocar una carpeta asfáltica de refuerzo de 5.0 cms de espesor a todo lo largo de la vía.

“La verificación del espesor del refuerzo se definirá con base en el método Shell, que considera el análisis elástico esfuerzo – deformación de las diferentes capas de la estructura existente. El tipo de refuerzo será en principio concreto asfáltico de sello o de rodadura, aunque la evaluación detallada durante la etapa de operación y mantenimiento concluirá en el más conveniente y económico.

“Señalización y Seguridad Vial

“Con base en un inventario físico periódico de todas las señales verticales, demarcaciones, defensas metálicas y de los puentes peatones; indicando su estado y funcionalidad; se definirá el mantenimiento y/o revaluación del sistema en general requerido.

“3. Reconstrucción de obras de drenaje

“Un inventario físico detallado a lo largo de toda la vía determinarán los sitios donde se presenten fallas en las obras, a las cuales se les realizarán diseños de Ingeniería correctivo y/o preventivo.”

### 3. La adjudicación y celebración del Contrato

El Contrato fue adjudicado mediante la Resolución No. 008181 del 27 de octubre de 1994 del Instituto Nacional de Vías - **INVIAS**, a la **UNIÓN TEMPORAL** constituida por **FIDUCIARIA DEL ESTADO S.A., CANO JIMÉNEZ ESTUDIOS Y CONSTRUCCIONES LTDA., HERRERA, MONTOYA, NAVARRO Y COMPAÑÍA LTDA, “EQUIPO UNIVERSAL LTDA.”, CASTRO TCHERASSI Y CIA LTDA., TOPCO S.A., CIVILIA LTDA., WACKENHUT DE COLOMBIA S.A., COMPAÑÍA COLOMBIANA DE SERVICIO AUTOMOTRIZ S.A. COLSERAUTO S.A., ENFASEGUROS LTDA. AGENCIA DE SEGUROS, INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL – IFI- y CORPORACIÓN FINANCIERA DEL TOLIMA S.A. CORFITOLIMA S.A.**

El 21 de noviembre de 1994, mediante Contrato, se constituyó la Unión Temporal integrada por **FIDUCIARIA DEL ESTADO S.A., CIVILIA LTDA., EQUIPO UNIVERSAL LTDA., WACKENHUT DE COLOMBIA S.A., CANO JIMÉNEZ ESTUDIOS Y CONSTRUCCIONES LTDA., CASTRO TCHERASSI & CIA LTDA., COLSERAUTO S.A., ENFASEGUROS LTDA., TOPCO S.A., INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL – IFI- y la CORPORACIÓN FINANCIERA DEL TOLIMA S.A. CORFITOLIMA S.A.**, cuyo objeto es la unión de esfuerzos mediante la definición de la participación y responsabilidades de las partes intervinientes en la presentación de la propuesta para la ejecución y coadyuvancia en la ejecución de los trabajos previstos para cada una de las etapas y actividades del contrato adjudicado que suscribirían con el Instituto Nacional de Vías y en el cual se establecieron las obligaciones y derechos de cada uno de los integrantes.

Dicho Contrato de Unión Temporal fue adicionado y posteriormente modificado por varios documentos contractuales, siendo el último de ellos, antes del inicio de este proceso arbitral, el suscrito el 30 de diciembre de 2009, en el cual se señaló que, en adelante, los partícipes de la Unión Temporal serían **CANO JIMÉNEZ Y ESTUDIOS S.A., CASTRO TCHERASSI S.A., CIVILIA S.A., CONSOCIAL & ENFASEGUROS S.A., EQUIPO UNIVERSAL S.A., MINCIVIL S.A. y WACKENHUT DE COLOMBIA S.A.**

El Contrato de Concesión No. 0664 fue celebrado el 24 de noviembre de 1994, entre el **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVIAS** y la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO VIAL DEL NORTE DE BOGOTÁ - DEVINORTE** en ese momento integrada como atrás se anotó.

#### **4. La cesión del Contrato del INVIAS al INCO y la transformación de éste en la ANI**

Mediante el Decreto Ley 1800 de 2003, se creó el **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO**, establecimiento público del orden nacional, con el objeto de planear, estructurar, contratar, ejecutar y administrar los negocios de infraestructura de transporte que se desarrollen con participación del capital privado y en especial las concesiones, en los modos carretero, fluvial, marítimo, férreo y portuario, al tiempo que mediante el Decreto 2056 de 2003 se modificó la estructura y funciones del **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS** que tendría como objeto la ejecución de las políticas, estrategias, planes, programas y proyectos de la infraestructura no concesionada de la Red Vial Nacional de carreteras primaria y terciaria, férrea, fluvial y de la infraestructura marítima, de acuerdo con los lineamientos dados por el Ministerio de Transporte.

En desarrollo de lo dispuesto en tales decretos, mediante la Resolución No. 03783 del 26 de septiembre de 2003, expedida por el **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS -INVÍAS**, se dispuso la cesión del Contrato de Concesión No. 0664 del 24 de noviembre de 1994, a título gratuito, al **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES - INCO**, en cumplimiento de lo cual, entre el **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES - INCO** y la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL NORTE DE BOGOTÁ – DEVINORTE**, el 28 de enero de 2004, se acordó la modificación del Contrato de Concesión para indicar que donde se señale **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS y/o INVÍAS** se entenderá **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES y/o INCO** y, en este sentido y para todos los efectos, se debe entender que la entidad contratante es ésta.

A su vez, conforme a lo previsto en el Decreto Ley 4165 de 3 de noviembre de 2011, el **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES - INCO**, fue transformado en la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA-ANI**, Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica, adscrita al Ministerio de Transporte (artículo 1º), el cual dispuso que “Los derechos y obligaciones que a la fecha de expedición del presente decreto tenga el Instituto Nacional de Concesiones –INCO, continuarán a favor y a cargo de la Agencia Nacional de Infraestructura” (artículo 25).

#### **5. El Contrato de Concesión No. 0664 celebrado el 24 de noviembre de 1994<sup>106</sup>**

---

<sup>106</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000095 a 000168.

### **5.1. El objeto del Contrato**

En virtud del objeto pactado en el Contrato de Concesión No. 0664 celebrado el 24 de noviembre de 1994, la Unión Temporal Concesionaria se obligó a ejecutar, según lo establecido por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los estudios, diseños definitivos, las obras de rehabilitación y de construcción, la operación, el mantenimiento y la administración fiduciaria del proyecto vial denominado “Desarrollo Vial del Norte de Bogotá” en el Departamento de Cundinamarca.

Las actividades que se obligó a ejecutar la Unión Temporal Concesionaria para cumplir el objeto del Contrato son: Estudios y diseños finales, financiación, administración fiduciaria, construcción, suministro, instalación, montaje y prueba de los equipos, puesta en funcionamiento y operación del proyecto, las cuales debían hacerse de acuerdo con las condiciones, términos, alcances y obligaciones establecidas en el Contrato, en la oferta de la Unión Temporal Concesionaria aceptada por la entidad concedente, en el pliego de condiciones y en los adendos de la Licitación Pública No. 005-94.

### **5.2. Planos y especificaciones y localización y disposición de las obras**

Durante la ejecución del Contrato, la Unión Temporal Concesionaria se obligó a ceñirse, para la etapa de Diseño y Programación, al Anteproyecto y demás información técnica suministrada con los Pliegos de Condiciones y demás documentos del Contrato. Durante la etapa de Construcción, la Unión Temporal Concesionaria debía ceñirse al diseño elaborado por ella misma y al conjunto de bases técnicas y demás información suministrada por la entidad pública concedente.

Así mismo, el Interventor suministraría las referencias topográficas estrictamente necesarias para definir el sitio de las obras por realizar. A su vez, el Director de las Obras sería responsable por la localización correcta de todos los elementos topográficos complementarios que estimare conveniente para facilitar su realización.

Si en cualquier momento, en el curso de la ejecución de las obras, surgía o se presentaba algún error en la posición, niveles, dimensiones o alineamientos en alguna parte de ellas, el Director de éstas, al requerírsele al Interventor, debía, a costa de la Unión Temporal Concesionaria, rectificar dicho error a entera satisfacción del Interventor, a menos que dicho error estuviera basado en datos incorrectos suministrados por el Interventor, en cuyo caso los gastos de rectificar el error correrían a cargo de éste. Sería responsabilidad de la Unión Temporal Concesionaria advertir de manera inmediata al Interventor cualquier tipo de error que detectara, así como proteger y conservar cuidadosamente todos los puntos de referencia, estacas de nivelación y demás elementos que se usaran para la localización y disposición de las obras.

### **5.3. El alcance básico**

El alcance básico de la construcción incluyó los siguientes trabajos:

- Estudios, diseños definitivos y obras para la rehabilitación y ampliación a tres carriles de las calzadas existentes en los sectores de Bogotá (calle 236) – La Caro – Briceño, de la Ruta 55 y Bogotá (calle 236) – La Caro – Cajicá y Cajicá – Zipaquirá, de la Ruta 45A.
- Estudios, diseños definitivos y obras para la construcción de segunda calzada y paso a desnivel en los sectores La Caro – Briceño de la Ruta 55 y La Caro (Teletón) – Cajicá y Variante de Cajicá de la Ruta 45A.

- Construcción del parque del Puente El Común.
- Construcción y mantenimiento de la infraestructura para la operación, de acuerdo con lo indicado en el reglamento anexo al contrato.
- Ampliación del viaducto existente y construcción de uno nuevo en La Caro.
- Ampliación del puente existente y la construcción de uno nuevo sobre el Río Bogotá.
- Construcción de intercambiadores o pasos a desnivel en Sindamanoy, Hatogrande, Los Clubes, Briceño, Centro Chía y variante Cajicá, así como el paso subterráneo de acceso a la Universidad de la Sabana y de puentes peatonales; y,
- El mantenimiento y la operación de todos los sectores de carretera y obras mencionados.

#### 5.4. El alcance físico adicional

Además de las obras y actividades del alcance básico, el Contrato contempló un alcance físico adicional, el cual corresponde a las siguientes obras:

- Construcción de la segunda calzada entre Cajicá (Capellanía) y Zipaquirá (retén).
- Construcción de la variante de Portachuelo.

##### 5.4.1. Los plazos de ejecución

El plazo para la ejecución del Contrato se pactó en quince (15) años. El desarrollo de la ejecución debía hacerse dentro de los plazos máximos siguientes:

**5.4.1.1. *Etapas de diseño y programación.*** Estaba comprendida entre la fecha de perfeccionamiento del Contrato, y la fecha de Inicio del último tramo de Construcción. Constituyeron actividades de esta etapa: La constitución del Fideicomiso, la elaboración de los diseños para construcción y estudios de impacto ambiental definitivos, el ajuste de los programas de obra e inversión y la estructuración del esquema financiero, las cuales debieron realizarse en un período máximo de seis (6) meses a partir de la fecha de perfeccionamiento del Contrato. Al comienzo y terminación de esta etapa se suscribiría el “Acta de Iniciación de la etapa de Diseño y Programación” y el “Acta de Finalización de la Etapa de Diseño y Programación” respectivamente.

**5.4.1.2. *Etapas de construcción.*** Estaba comprendida entre la fecha de inicio de la construcción del primer tramo y la fecha en que las obras y los equipos necesarios para la puesta en servicio del proyecto, fueran recibidos por parte de la entidad pública concedente. Durante esta etapa, la Unión Temporal Concesionaria, a su costa, llevaría a cabo la conservación de las calzadas y demás obras civiles existentes dentro de la meta física del proyecto. La construcción de la totalidad de las obras civiles e instalaciones del proyecto, el suministro, montaje y pruebas de los equipos, y la puesta en servicio a los usuarios, debían realizarse en un todo de acuerdo con lo establecido en la Propuesta para la Construcción de las obras, Suministro, Instalación y Prueba de los equipos necesarios para la puesta en servicio del Proyecto, en un período máximo de veinticuatro (24) meses contados a partir de la fecha en que se suscribiera el “Acta de Iniciación de la Etapa de Construcción”. Esta etapa finalizaría una vez la entidad concedente, a través de la Interventoría, hubiera recibido las obras de acuerdo con la propuesta aprobada por él y se hubieran completado todos los requisitos



necesarios para el inicio de la operación del proyecto. Al finalizar esta etapa se suscribiría el “Acta de Finalización de la Etapa de Construcción”

**5.4.1.3. Etapa de operación.** Está comprendida entre la fecha de recibo de las obras del primer tramo, por parte de la entidad pública concedente y la fecha en la que el proyecto revierta a la Nación. Durante esta etapa, la Unión Temporal Concesionaria a su costa, debe llevar a cabo la conservación de las obras civiles y administrar el proyecto al que se refiere el Contrato en un todo de acuerdo con los Pliegos de Condiciones, el Reglamento para la Operación de Carreteras Concesionadas, las Normas de Mantenimiento para Carreteras Concesionadas y el Manual sobre Dispositivos para el Control de Tránsito en Calles y Carreteras. La Unión Temporal Concesionaria debe operar y administrar las casetas de peaje ubicadas sobre la autopista del norte de Bogotá –ruta 45A- entre la calle 236 y La Caro y sobre la carretera central del norte – ruta 55 – entre la calle 236 y La Caro, según el proyecto de ubicación de casetas de peaje de la propuesta, con el esquema tarifario para la etapa de operación, establecido en la Cláusula Quinta del Contrato y, en general, debe realizar todas las actividades establecidas en la Propuesta para Operación del Proyecto.

En el Pliego de Condiciones de la Licitación se señaló que el plazo máximo de esta Etapa sería establecida en meses y sería el tiempo necesario para la recuperación total de la inversión efectuada para la realización del proyecto, su mantenimiento y operación. Para el establecimiento de la duración de esta Etapa el proponente debía tener en cuenta todos los costos, gastos y utilidad para la correcta operación de la carretera: costos financieros, costos de conservación, gastos de administración, y el costo de oportunidad de la inversión efectuada, de acuerdo con todas y cada una de las condiciones establecidas en los Pliegos. Igualmente debía acompañar la comprobación de la viabilidad financiera del proyecto, el cálculo del rendimiento de la inversión y fundamentación del nivel y estructura de tarifas propuesto para alcanzar el equilibrio económico y financiero del contrato durante el período de operación.

Conforme a la propuesta del proponente, la duración de esta etapa se pactó en ciento cincuenta (150) meses. No obstante, se señaló que este plazo podría variar, según aumentara o disminuyera el período acumulado para la ejecución de las etapas de Diseño y Programación y la Etapa de Construcción.

En el Pliego de Condiciones de la Licitación se previó que el plazo total de las tres etapas descritas podría ampliarse por decisión de la entidad contratante, dentro de los términos legales autorizados, manteniendo la ecuación económica del mismo. En el Contrato se pactó que la suma de los plazos de ejecución de las tres etapas en ningún caso podría ser superior a ciento ochenta (180) meses y que, a la terminación de ese plazo se debía suscribir el “Acta de recibo del proyecto y terminación del contrato”.

En todo caso, en el Contrato se pactó que podría suspenderse temporalmente su ejecución por circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, caso en el cual se acordó que ese tiempo de suspensión no se computará para el plazo extintivo del contrato. La suspensión debe hacerse de común acuerdo entre las partes mediante la suscripción de un Acta donde conste el evento que la ocasiona.

Igualmente, se acordó que las diferentes etapas del Contrato se iniciarán y terminarán por tramos de acuerdo a la propuesta de la siguiente manera:

- Tramo 1: Bogotá (Calle 236) La Caro – Briceño
- Tramo 2: Bogotá (Calle 236) – La Caro - Cajicá – Zipaquirá.

Por su parte, se pactó que las obras adicionales se ejecutarían así:

- Doble calzada Cajicá – Zipaquirá, antes del tercer mes de operación.
- Variante de Portachuelo, antes del mes sexto de operación.

5.4.2. Valor y forma de pago del Contrato

Para efectos fiscales y legales, el valor del Contrato se determinó por la suma agregada de las siguientes partidas, a precios de mayo de 1994, considerada como la inversión inicial del proyecto:

Precio de Elaboración de Estudios y diseños	\$ 1.175.862.000
Precio de Construcción	\$ 47.651.425.984
Precio de los equipos para la operación con instalación, montaje y pruebas	\$ 476.864.000
Valor estimado de Interventoría durante la Etapa de Diseño y Programación y la Etapa de Construcción	\$2.349.220.000
Precio de adquisición de predios para la zona de carretera:	\$ 9.192.600.000
Valor total operación	\$2.433.132.000
Dirección control de calidad	\$1.690.221.000
Comisión líder proyecto	\$ 947.680.000
Costos fiduciarios	\$641.264.000
Costos (administración)	\$ 373.889.000
Imprevistos	\$ 1.425.809.000
Otros (póliza y legalización)	\$390.727.000
Valor Total de la Inversión Inicial	\$68.748.693.984

El pago del valor total del Contrato, más los costos de la operación y el mantenimiento durante la concesión se haría mediante:

a. La **Cesión de los Derechos de Recaudo de Peaje de la caseta Los Andes** localizada en la ruta 45A entre la Calle 236 y La Caro, durante la etapa de construcción del proyecto, de acuerdo con el siguiente esquema tarifario:

CATEGORIA. N°	DESCRIPCION	VALOR
I	Automóviles, Camperos y Camionetas (A)	\$1.200
II	Buses (B)	\$1.400
III	Camiones pequeños de 2 ejes (C2-P)	\$1.400
IV	Camiones Grandes de 2 ejes (C2-G)	\$1.400
V	Camiones de 3 y 4 Ejes (C-3-4)	\$3.600
VI	Camiones de 5 ejes(C-5)	\$4.800
VII	Camiones de seis ejes o más	\$5.400

b. La **Cesión de los Derechos de Recaudo de Peaje de la caseta Los Andes** localizada en la ruta 45A entre la Calle 236 y La Caro, durante la etapa de operación del proyecto, de acuerdo con el siguiente esquema tarifario:

CATEGORIA. N°	DESCRIPCION	VALOR
I	Automóviles, Camperos y Camionetas (A)	\$1.350
II	Buses (B)	\$2.500
III	Camiones pequeños de 2 ejes (C2-P)	\$1.600
IV	Camiones Grandes de 2 ejes (C2-G)	\$3.600
V	Camiones de 3 y 4 Ejes (C-3-4)	\$5.500
VI	Camiones de 5 ejes(C-5)	\$7.500
VII	Camiones de seis ejes o más	\$7.900

c. La **Cesión de los Derechos de Recaudo de Peaje de la caseta localizada en la ruta 55 entre la calle 236 y la Caro**, durante la etapa de operación del proyecto, de acuerdo con el siguiente esquema tarifario:

CATEGORÍA No.	DESCRIPCIÓN	VALOR
I	Automóviles, Camperos y Camionetas (A)	\$1.350
II	Buses (B)	\$2.500
III	Camiones pequeños de 2 ejes (C2-P)	\$1.600

IV	Camiones Grandes de 2 ejes (C2-G)	\$3.600
V	Camiones de 3 y 4 Ejes (C-3-4)	\$5.500
VI	Camiones de 5 ejes (C-5)	\$7.500
VII	Camiones de seis ejes o más	\$7.900

Las tarifas se expresaron en pesos colombianos de mayo de 1994 y se acordó que éstas deben ser ajustadas de acuerdo con los Parágrafos 1º y 2º de la Cláusula Quinta del Contrato, así:

- El valor de las tarifas de peaje durante la etapa de construcción se ajustaría únicamente al comienzo de cada año calendario, por un valor igual al aumento en el Índice de Precios al Consumidor en el año anterior, establecido por el Departamento Nacional de Estadística DANE.
- El valor de las tarifas se debe mantener en Valor Constante durante la etapa de operación y se debe ajustar de acuerdo con el Índice de Precios al Consumidor, establecido por el Departamento Nacional de Estadísticas –DANE, conforme al siguiente procedimiento: a) Las tarifas de peaje se deben ajustar de acuerdo con el Índice de Precios al Consumidor, establecido por el Departamento Nacional de Estadísticas–DANE, cuando dicho índice supere el veintiuno por ciento (21%) del que prevalecía en la fecha en que se inició la etapa de operación o en la fecha en que se autorizó el último ajuste; y, b) Cuando se presente cualquiera de las situaciones señaladas en el literal anterior, la Unión Temporal Concesionaria debe informar por escrito a la entidad pública concedente, el ajuste en el valor de las tarifas de peaje, acompañando la documentación soporte correspondiente, con diez (10) días hábiles de anticipación a la fecha en que se realice el ajuste.

Si la entidad pública concedente no autoriza el ajuste en el valor de las tarifas de peaje la compensación se debe ajustar a lo establecido en la Cláusula 36 del Contrato de Concesión.

**5.4.3. Las obligaciones de la Unión Temporal Concesionaria**

Las obligaciones correspondientes a cada uno de los miembros que conforman la Unión Temporal se encuentran expresamente señaladas y determinadas en el Contrato de Constitución de la misma, la cual forma parte integral del Contrato de Concesión, así como los términos y extensión de su participación en la propuesta y su ejecución, todo lo cual no puede ser modificado sin el consentimiento previo de la entidad pública concedente. En todo caso, de conformidad con lo pactado en el Contrato de Concesión, son obligaciones a cargo de la Unión Temporal Concesionaria, además de las emanadas del Contrato, las siguientes:

- a. La financiación total del proyecto descrito en el Pliego de condiciones, incluidos los costos de supervisión técnica y financiera y los costos de adquisición de predios para el derecho de vía, según los procedimientos descritos en los numerales 1.11 y 1.12, respectivamente, del Pliego de Condiciones.
- b. El Diseño definitivo del proyecto de acuerdo con la información técnica suministrada en el Pliego de Condiciones.
- c. La Construcción de las obras, de acuerdo con el diseño definitivo elaborado por la Unión Temporal Concesionaria, incluyendo entre otros, vías en superficie, viaductos, túneles, intersecciones, obras de arte, drenajes, y señalización.
- d. El suministro, instalación, montaje y pruebas de los equipos requeridos, de acuerdo con el diseño para construcción elaborado por la Unión Temporal Concesionaria.
- e. La puesta en funcionamiento del sistema vial.

f. El recaudo del peaje de: 1) La caseta Los andes localizada en la ruta 45A entre la Calle 236 y La Caro, durante la etapa de construcción del proyecto; 2) La caseta Los Andes localizada en la ruta 45A entre la calle 236 y La Caro, durante la etapa de operación del proyecto; 3) La caseta localizada en la ruta 55 entre la calle 236 y La Caro, durante la etapa de operación del proyecto.

g. Los trabajos de conservación, reparación y reconstrucción necesarios para mantener el proyecto en los niveles de servicio establecidos en la Cláusula 25 del Contrato de Concesión.

h. Todas las actividades necesarias para la construcción, operación y entrega de las obras en buen estado, en un todo de acuerdo con las condiciones, términos, alcances y obligaciones establecidas en el Pliego de Condiciones.

i. Todas las actividades de la administración fiduciaria a cargo de la Fiduciaria del Estado S.A.

De conformidad con lo anterior se pactó que la Unión Temporal Concesionaria es la única responsable por la vinculación de personal, la celebración de subcontratos, la puesta en el sitio de trabajo de la maquinaria y equipo indispensables para ejecutar la obra y la adquisición de materiales, todo lo cual realiza en su propio nombre y por su cuenta y riesgo, sin que la entidad concedente adquiriera responsabilidad alguna por los daños y perjuicios que causen tales actos.

#### **5.4.4. Programas de trabajo y cronograma de inversiones**

La Unión Temporal Concesionaria se obligó a ejecutar el Contrato y a realizar los desembolsos de acuerdo con los Programas de Trabajo y al cronograma de Inversión presentados en su propuesta y aprobados por la entidad pública concedente. Una vez fue aprobada la garantía única del contrato y antes de iniciar la etapa de construcción, la Unión Temporal Concesionaria debió presentar al Interventor para su aprobación los programas de ejecución detallados, ajustados al diseño definitivo: El Diagrama Lógico de Ruta Crítica (CPM) y su representación gráfica (Diagrama de Barras), acompañados del cronograma de inversiones durante la etapa de construcción. El Interventor debió verificar la coherencia y compatibilidad entre los procedimientos de consecución de los recursos y el cronograma de inversiones definitivo. En todo caso, la presentación del detalle anterior al Interventor y su aprobación por el mismo, o la de los referidos datos, no exonera a la Unión Temporal Concesionaria de ninguna de sus responsabilidades que emanen del contrato.

Las Partes acordaron que los programas de trabajo y el cronograma de inversiones no se podían modificar en forma tal que signifique variación de los plazos del Contrato. Sin embargo, se pactó que dichos programas podrán ser modificados en los siguientes casos: a) Cuando se presenten causas imputables a la entidad pública concedente; b) En los eventos de fuerza mayor o caso fortuito, de conformidad con lo establecido en la Ley 95 de 1890; c) Si se presentan obras complementarias; d) Cuando los cambios en el proyecto lo justifiquen; e) Cuando medien razones de interés público; f) En general, por cualquier otra causa que a juicio de la entidad pública concedente haga necesaria tal determinación para el mejor cumplimiento del Contrato. En tales casos los programas deben ser revaluados y aprobados por el representante legal de la entidad pública concedente y debe suscribirse el contrato adicional correspondiente, si fuere del caso.

#### **5.4.5. Equipo, materiales y ejecución**

La Unión Temporal Concesionaria por intermedio de Equipo Universal Ltda., Castro Tcherassi & Cía. Topco S.A., Civilia Ltda., Wackenhut de Colombia S.A. y Colserautos S.A., se obligó a situar oportunamente en el lugar de las obras el equipo detallado en su propuesta siendo de su obligación la adecuación de vías y estructuras que fuesen necesarias para el transporte de los mismos. La

aceptación por parte de la entidad pública concedente de la relación de equipo presentada en la propuesta no eximió a la Unión Temporal Concesionaria de la obligación de suministrar oportunamente los equipos adicionales necesarios, adecuados en capacidad y características, para cumplir con los programas, plazos y especificaciones técnicas de las obras.

Así mismo, la Unión Temporal Concesionaria por intermedio de Equipo Universal Ltda., Castro Tcherassi & Cia., Topco S.A., Civilia Ltda, Wackenhut de Colombia S.A. y Colserautos S.A., a su propia costa, se obligó a suministrar y aportar todo el equipo de construcción, los equipos de operación, los materiales, la mano de obra, así como los demás elementos de todo orden que se necesitaren para la construcción, conservación y administración del proyecto, tanto temporales como permanentes, hasta la terminación del objeto del contrato.

La ejecución, los materiales y equipos de operación deben ser de las calidades descritas en los planos y especificaciones y de acuerdo con el diseño para construcción elaborado por la Unión Temporal Concesionaria.

El Director de las Obras debe proporcionar todas las facilidades indispensables para examinar, medir y ensayar las obras ejecutadas, así como las facilidades para las pruebas de los equipos de operación. Los funcionarios del Ministerio de Transporte y de la entidad pública concedente debidamente autorizados, el Interventor y toda persona autorizada por él, tienen en todo momento libre acceso a las obras y a todos los talleres y lugares en que se estén realizando trabajos para la ejecución de la obra, y el Director de las Obras debe proporcionar las facilidades y toda la ayuda que corresponda para hacer efectivo dicho derecho de acceso.

#### **5.4.6. Esquema Financiero y Fondos del Contrato**

La Unión Temporal Concesionaria se obligó, en un período no mayor a quince (15) días calendario contado a partir del perfeccionamiento del Contrato de Concesión, a constituir un Fideicomiso en la Fiduciaria del Estado S.A. en cuya virtud se debió constituir un patrimonio autónomo, el cual serviría de eje para la captación y administración de todos los recursos necesarios para el desarrollo del Contrato, de acuerdo con el alcance definido en las cláusulas correspondientes del contrato de constitución de la Unión Temporal Concesionaria, el cual hace parte integrante del Contrato de Concesión. La Unión Temporal Concesionaria debió transferir al patrimonio autónomo, los derechos de tipo patrimonial derivados del Contrato de Concesión, sin desprenderse de las obligaciones relativas a la ejecución del Contrato mismo. Es directamente el Fideicomiso quien debió proveer a la Unión Temporal Concesionaria de los recursos que ésta requiriera para la elaboración de los estudios y diseños, la adquisición de predios para la zona de carretera, la construcción de las obras, el mantenimiento y la operación del proyecto, y quien distribuirá las ganancias que se perciban de la operación del proyecto y ordenar lo conducente al pago de los rendimientos y capital de los empréstitos que se contraten.

Así mismo, la Unión Temporal Concesionaria se obligó a aportar como Capital de Riesgo, al Fideicomiso, la suma de Dieciocho Mil Doscientos Sesenta Millones de Pesos (\$18.260.000.000). Conforme al literal c) de la cláusula quinta del Contrato de Constitución de la Unión Temporal Concesionaria se previó una modificación del equity, previa autorización de la entidad pública concedente, acogiendo esta facultad. En tal virtud, la entidad pública concedente aceptó que el valor determinado en el equity para Fiduciaria del Estado por concepto de las comisiones, fuera asumido entre los demás miembros de la Unión Temporal Concesionaria, en la proporción que determinara la Fiduciaria y en desarrollo de la cláusula atrás enunciada. El saldo restante para la inversión, más el Costo Financiero durante las etapas de Diseño y programación, y Construcción, lo debió financiar el Concesionario mediante los procedimientos establecidos en la propuesta y con el apoyo de las entidades financieras que se establecieron en la oferta financiera. Esta financiación debió asegurar un adecuado flujo de recursos para cumplir con los programas de trabajo y el cronograma de

inversiones aprobados por el interventor. La participación de las entidades financieras dentro del proceso de financiación del contrato, no eximió a la Unión Temporal Concesionaria de ninguna de las obligaciones derivadas del mismo.

#### 5.4.7. Conservación y mantenimiento del proyecto

Las Partes acordaron que desde la suscripción del “Acta de Iniciación de Construcción”, hasta la entrega final del proyecto, al término del Contrato, la Unión Temporal Concesionaria asume entera responsabilidad por su cuidado. En caso que se produzca daño, pérdida o desperfecto de algún elemento constitutivo del proyecto, por cualquier causa que sea, con salvedad y excepción de los hechos debidos a fuerza mayor o caso fortuito, la Unión Temporal Concesionaria deberá repararlas y reponerlas a su propia costa de manera que a su entrega a la entidad pública concedente las obras estén en buenas condiciones y en buen estado y de conformidad en todos los aspectos con los requisitos del Contrato de Concesión y con las instrucciones del Interventor. Dentro del mismo término, la señalización y el mantenimiento del tránsito a todo lo largo del proyecto son obligaciones a cargo de la Unión Temporal Concesionaria quien será responsable por los perjuicios ocasionados a terceros o a la entidad pública concedente por falta de señalización, o por deficiencia en ella, por su negligencia o culpa grave debidamente comprobados. La señalización temporal durante la etapa de Construcción para la prevención de riesgos de los usuarios y personal que trabaja en las obras y la señalización informativa y preventiva del proyecto durante la etapa de operación, debe cumplir con las estipulaciones y especificaciones del Manual sobre Dispositivos para el Control del Tránsito en Calles y Carreteras, y de las resoluciones vigentes sobre la materia expedidas por el Ministerio de Transporte.

#### 5.4.8. Nivel de servicio durante la etapa de operación

También las Partes acordaron que, durante la ejecución de la etapa de Operación, el funcionamiento del proyecto se debe ajustar a lo establecido en el **Reglamento de la Operación de la Carretera, anexo** al Contrato de Concesión. La Unión Temporal Concesionaria se obligó a mantener el proyecto con un nivel de servicio que alcance una calificación mínima de 4.0 puntos, conforme a las “**Normas de Mantenimiento para Carreteras Concesionadas**”, que forman parte del Pliego de Condiciones. Las revisiones se efectuarían cada tres meses. El incumplimiento de estas obligaciones durante la ejecución del contrato, causará a la Unión Temporal Concesionaria la imposición de multas proporcionales al valor del Contrato y/o a los perjuicios sufridos por la entidad pública concedente, lo cual se debe hacer mediante resolución motivada cada vez que se compruebe esta omisión con el informe de la Interventoría o con el resultado de las diligencias ordenadas por la entidad pública concedente para tal caso.

En el numeral 9 del Reglamento para la Operación del Proyecto Vial “Desarrollo Vial del Norte de Bogotá”, Condiciones para el Pavimento, se prevé que la Unión Temporal Concesionaria debe realizar los trabajos de conservación, reparación y reconstrucción, necesarios para cumplir con las normas de Mantenimiento de Carreteras Concesionadas, y un Índice de Estado de cuatro (4).

#### 5.4.9. Entrega final

Tanto en el Contrato como en Reglamento para la Operación del Proyecto Vial anexo, las Partes acordaron que al vencimiento de la etapa de operación, los bienes afectados a la concesión del proyecto, en los que se incluyen los predios para la zona de carreteras, la obra civil (calzadas, separadores, intersecciones, estructuras, obras de drenaje, obras de arte y señales), las casetas de peaje y sus áreas de servicio y los equipos instalados para la operación del proyecto, revertirán en favor de la entidad pública concedente, sin costo alguno, libres de todo gravamen y con un nivel de

servicio o Índice de Estado que alcance una calificación mínima de 4.0 puntos, de acuerdo con las “Normas de Mantenimiento para Carreteras Concesionadas” que forman parte del Pliego de Condiciones y el procedimiento para determinar el Índice de Estado de un pavimento de concreto asfáltico.

No obstante, la entidad pública concedente, al vencimiento de la etapa de operación, podrá comprar a la Unión Temporal Concesionaria, los bienes muebles o inmuebles distintos a los enumerados en el párrafo anterior, que sean necesarios para la operación del proyecto en los que se incluyen: plantas de asfalto, trituradoras, maquinaria de construcción, vehículos y campamentos. De igual forma, reconocerá las mejoras realizadas sobre los predios que conforman la zona de carretera para la instalación de los servicios complementarios que hayan sido autorizados por la entidad pública concedente. Las mejoras estarán representadas en construcciones de mampostería y cubierta dura. El reconocimiento de las mejoras estará precedido por un acta en la que de común acuerdo, se fije el valor de las mismas y la forma de pago. La Unión Temporal Concesionaria, si así lo quisiera, podrá solicitar la ampliación o prórroga de la concesión para la explotación de los servicios complementarios que se hayan instalado. La entidad pública concedente, dentro de las normas legales y si lo estima conveniente, autorizará esta ampliación.

## **5.5. Acta de iniciación de las obras de rehabilitación**

En desarrollo del Contrato de Concesión No. 0664 del 24 de noviembre de 1994, el 12 de octubre de 1995, las Partes firmaron el Acta de iniciación de las obras de rehabilitación previstas en dicho Contrato para los siguientes sectores de carretera: Sector Autopista Norte (Buda) – Carretera Central del Norte – La Caro, y Sector El Buda – La Caro (Autopista Norte), los cuales fueron entregados por el INVIAS a la Unión Temporal y recibidas por ésta en la misma fecha.<sup>107</sup>

La iniciación de las obras de construcción previstas en el Contrato, quedaron sujetas a la aprobación de los diseños definitivos por parte del INVIAS, así como también de la expedición de la Licencia Ambiental por parte del Ministerio del Medio Ambiente.

## **5.6. Otorgamiento de la Licencia Ambiental<sup>108</sup>**

Con la Resolución No. 703 del 28 de junio de 1996, el Ministerio del Medio Ambiente otorgó al Instituto Nacional de Vías, Licencia Ambiental Ordinaria para la ejecución del Proyecto Desarrollo Vial del Norte de Bogotá, en el Departamento de Cundinamarca, sujeta al cumplimiento por parte del Instituto de las obligaciones que en ella se impusieron.

## **5.7. Acta de Iniciación de las Obras de Construcción Nueva previstas dentro de la Etapa de Construcción establecida en el Contrato de Concesión, suscrita el 2 de septiembre de 1996<sup>109</sup>**

El 2 de septiembre de 1996, las Partes acordaron iniciar las obras correspondientes a la rehabilitación de las calzadas existentes, construcción de la segunda calzada y pasos a desnivel y en general de la totalidad de las obras incluidas en el alcance del proyecto, en los tramos La Caro – Briceño y La Caro – Cajicá – Zipaquirá.

---

<sup>107</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000054 a 000060

<sup>108</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000136 a 000153

<sup>109</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000061 a 000094 y Folios 000437 a 000468.

A su vez, el INVIAS declaró recibidos los diseños presentados por el Concesionario y aprobados por la Interventoría de Diseño, así como las cantidades de obra, precios unitarios previstos en el Contrato, especificaciones técnicas y valor resultante de la Etapa de Diseño, que se incluyeron en el Anexo 1 del Acta de inicio.

Así mismo, el INVIAS declaró aprobados el programa de ejecución, el diagrama de barras y el cronograma de inversiones a que se refiere la Cláusula Novena del Contrato de Concesión, presentado por la Unión Temporal el cual previó que el plazo para la ejecución de las obras descritas sería de 24 meses contados a partir de esa fecha.

## **5.8. Otrosíes y otros actos contractuales**

El Contrato de Concesión No. 0664 del 24 de noviembre de 1994, fue objeto de varias modificaciones contenidas en Otrosíes y demás documentos contractuales así:

- 5.8.1.** Otrosí No. 01 - Modificación de la Cláusula Tercera del Contrato de Concesión – Predios para la Vía, suscrito el 23 de noviembre de 1995<sup>110</sup>
- 5.8.2.** Otrosí No. 02 - Aporte para compensación por adquisición de predios, suscrito el 22 de mayo de 1996<sup>111</sup>
- 5.8.3.** Otrosí No. 03 - Modificación de las Cláusulas Sexta y Décima Quinta del Contrato de Concesión, suscrito el 11 de octubre de 1996<sup>112</sup>
- 5.8.4.** Otrosí No. 04 - Nueva modificación de la Cláusula Décima Tercera del Contrato de Concesión y Restablecimiento de la Ecuación Contractual en lo relacionado con los predios para la vía-, suscrito el 19 de febrero de 1997<sup>113</sup>
- 5.8.5.** Otrosí No. 05 - Modificación de la Cláusula Tercera “Plazos”, suscrito el 24 de julio de 1997<sup>114</sup>

De conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la citada modificación contractual y en un plazo no mayor de tres (3) meses contados a partir de la suscripción del mismo, harían los ajustes necesarios para restablecer el equilibrio contractual a que hubiere lugar, como consecuencia del mayor tiempo de cesión del recaudo en la caseta denominada Los Andes.

En desarrollo de ese segundo acuerdo, mediante comunicación DVNB-1107 del 24 de octubre de 1997, el Gerente de la Concesión le remitió al INVIAS la actualización del Modelo Financiero del proyecto con el fin de restablecer el equilibrio financiero del Contrato,<sup>115</sup> la cual se realizó tomando como tiempo total de la concesión 18,08 años (217 meses), a partir de diciembre/94 hasta diciembre/12. Se calculó la Tasa Interna de Retorno del Inversionista definiendo como flujo positivo los dividendos y como flujo negativo los aportes de capital de riesgo más excedentes del ingreso por peaje; la TIR resultante fue 38.17% equivalente a 14.19% real. Así mismo, se calculó la TIR del proyecto tomando como flujos positivos los ingresos por peaje y como flujos negativos los egresos operacionales totales; la TIR resultante fue de 34.25% equivalente a una real de 10.95%.

---

<sup>110</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000169 a 000174

<sup>111</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000175 a 000179

<sup>112</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000180 a 000185

<sup>113</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000186 a 000196

<sup>114</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000197 a 000200

<sup>115</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000179 a 000223



- 5.8.6.** Otrosí No. 06 - Compensación por adquisición de predios y suspensión temporal construcción variante Cajicá hasta tanto existan recursos para predios-, suscrito el 11 de mayo de 1998<sup>116</sup>
- 5.8.7.** Otrosí No. 07 - Modificación de la Cláusula Tercera “Plazos” del Contrato de Concesión y adición de obras complementarias -, suscrito el 6 de agosto de 1998<sup>117</sup>
- 5.8.8.** Otrosí No. 08 - Ampliación plazo final para la terminación de obras y la construcción de otras obras-, suscrito el 22(3) de diciembre de 1998<sup>118</sup>

En desarrollo de lo previsto en la Cláusula Novena del Otrosí No. 8, mediante la comunicación DVNB-2990 del 15 de marzo de 1999,<sup>119</sup> el Gerente de la Concesión le remitió al INVIAS la actualización del Modelo Financiero que, con los respectivos ajustes y manteniendo la TIR del proyecto definida en la propuesta inicial, la ingeniería financiera dio como resultado una ampliación en el plazo de 47 meses en la etapa de operación.

- 5.8.9.** Acta de Terminación de Obra – Construcción de la Vía La Caro – Briceño, Rehabilitación del Tramo La Caro – Centro Chía, Construcción de los Puentes Vehiculares Series, Viaducto Nuevo La Caro y Briceño I, Puentes Peatonales y Construcción del Tramo Centro Chía – Rancho JR, según los compromisos establecidos en las Cláusulas Primera y Segunda de la modificación del 23 de diciembre de 1998, para la reestructuración de la Etapa de Construcción, determinación de la vigencia del “Clip Compensaciones” e iniciación de la Operación Parcial del Contrato de Concesión<sup>120</sup>, suscrita el 30 de abril de 1999
- 5.8.10.** Otrosí No. 09 - Modificación de la Cláusula Novena y Aclaración de las Cláusulas Quinta y Octava del Otrosí No. 08 del 23 de diciembre de 1998, suscrito el 24 de mayo de 1999<sup>121</sup>

Las Partes acordaron:

1. Aclarar la Cláusula Quinta del Otrosí del 23 de diciembre de 1998, en el sentido de indicar que para todos los efectos previstos en la misma, no se exigiría como requisito previo la revisión que del modelo financiero hiciera la entidad pública Concedente, ni las correcciones que efectuara el Concesionario como producto de la mencionada revisión. En consecuencia, a partir del 1 de mayo de 1999, la totalidad del ingreso de las estaciones de peaje de Andes y de Fusca, tendrían carácter de ingreso del proyecto y sería consignado en el patrimonio autónomo constituido en la Fiduciaria del Estado S.A.
2. Modificar el plazo señalado en la Cláusula Novena del Otrosí del 23 de mayo de 1998, para definir los ajustes necesarios a la ingeniería financiera del proyecto y para establecer el plazo de la etapa de operación, y en su defecto, determinar un plazo de sesenta (60) días calendario, contados a partir de la fecha de suscripción de este Otrosí, para culminar esta labor. Las Partes, en todo caso, acordaron que mantendrán la TIR del proyecto.

---

<sup>116</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000201 a 000207

<sup>117</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000208 a 000213

<sup>118</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000214 a 000218

<sup>119</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000224 a 000225

<sup>120</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000125 a 000127

<sup>121</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000219 a 000223

- 5.8.11.** Otrosí No. 10 - Adición a la Cláusula Tercera del Otrosí del 23 de diciembre de 1998, suscrita el 24 de mayo de 1999<sup>122</sup>
- 5.8.12.** Otrosí No. 11 - Cesión de derechos y obligaciones en el Contrato de Concesión de TOPCO S.A. a OBRAS CIVILES Y MINERÍA DE COLOMBIA S.A. MINCIVIL, con la autorización de la entidad pública Concedente, suscrita el 17 de agosto de 1999<sup>123</sup>
- 5.8.13.** Otrosí No. 12 -autorización de giro para la ejecución de obras del Parque Sopó-, suscrito el 23 de diciembre de 1999<sup>124</sup>
- 5.8.14.** Otrosí No. 13 – autorización para la instalación de una caseta adicional para el peaje Andes, suscrito el 20 de junio de 2000<sup>125</sup>
- 5.8.15.** Otrosí No. 14 - Modificación del Literal a) de la Cláusula Tercera del Otrosí del 23 de diciembre de 1998 - Acuerdo para la entrega del puente curvo Teletón, suscrito el 21 de julio de 2000<sup>126</sup>
- 5.8.16.** Otrosí No. 15 -Estudios y diseños del Parque del Sopó, suscrito el 31 de julio de 2000<sup>127</sup>
- 5.8.17.** Otrosí No. 16 - Aclaración del Parágrafo Segundo de la Cláusula Quinta del Contrato de Concesión-Ajuste del valor de las tarifas de peaje, suscrito el 18 de agosto de 2000<sup>128</sup>
- 5.8.18.** Actas Nos. 1, 2, 3, 4 y 5 de las reuniones celebradas en el mes de agosto de 2001 por el Comité de Trabajo sobre el Modelo Financiero de la Concesión Desarrollo Vial del Norte de Bogotá - DEVINORTE<sup>129</sup>
- En ellas constan los debates y conclusiones de las reuniones del Comité de Trabajo integrado por representantes del INVIAS, la UT DEVINORTE y la Interventoría HIDROTEC-LA VIALIDAD, sobre el Modelo Financiero de la Concesión Desarrollo Vial del Norte de Bogotá – DEVINORTE.
- 5.8.19.** Otrosí No. 17 - Adición al Contrato de Concesión: reconocimiento de deuda y autorizaciones de giro-, suscrito el 18 de septiembre de 2001<sup>130</sup>
- 5.8.20.** El concepto emitido por el Consorcio Hidrotec Ltda. – La Vialidad Ltda., del 1 de octubre de 2001 y el “Acta de Cierre Financiero” suscrita por las Partes a través de sus representantes el 1 de octubre de 2001
- 5.8.21.** Otrosí No. 18 - Aclaración a la Adición del 18 de septiembre de 2001 -Rehabilitación del Sector Cajicá - Zipaquirá, suscrito el 21 de diciembre de 2001<sup>131</sup>
- 5.8.22.** Otrosí No. 19 - Adición delega al Concesionario los avalúos para la adquisición de predios para la variante Cajicá-Rancho J.R. y La Caro, suscrito el 24 de mayo de 2002<sup>132</sup>

---

<sup>122</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000228 a 000230

<sup>123</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000224 a 000227

<sup>124</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000231 a 000235

<sup>125</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000236 a 000239

<sup>126</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000243 a 000245

<sup>127</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000246 a 000251

<sup>128</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000252 a 000257

<sup>129</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000226 a 000249

<sup>130</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000258 a 000265

<sup>131</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000266 a 000272

<sup>132</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000273 a 000276

- 5.8.23.** Otrosí No. 20 – Solemnización de los acuerdos logrados en el “Acta de cierre financiero” del 1 de octubre de 2001 y autorización para utilizar el saldo de los predios de Cajicá para el pago de los ítems no previstos, suscrito el 11 de agosto de 2003<sup>133</sup>
- 5.8.24.** La revisión judicial en sede popular del Otrosí No. 20 - Adición al Contrato de Concesión, suscrito el 11 de agosto de 2003
- 5.8.25.** Modificación al Contrato de Concesión, suscrita el 28 de enero de 2004<sup>134</sup>
- 5.8.26.** Otrosí No. 21 - Adición – Definición avalúos y gestión predial Variante de Cajicá, suscrito el 8 de marzo de 2004<sup>135</sup>
- 5.8.27.** Otrosí No. 22 – Adición al Contrato de Concesión para la realización de los Avalúos para la Etapa II de la Variante Cajicá, suscrito el 22 de marzo de 2004
- 5.8.28.** Otrosí No. 23 - Adicional inicio construcción variante de Cajicá, valor e inclusión en el Modelo Financiero, suscrito el 6 de abril de 2004<sup>136</sup>
- 5.8.29.** Acta de reinicio del Contrato Adicional del 8 de marzo de 2004, suscrita el 4 de junio de 2004
- 5.8.30.** Acta de inicio de la construcción de la Variante Cajicá y obras ambientales, suscrita el 7 de junio de 2004
- 5.8.31.** Otrosí No. 24 - Adición inicio construcción retorno peaje Andes, suscrito el 28 de junio de 2004<sup>137</sup>
- 5.8.32.** Otrosí No. 25 – Construcción estación de peaje Teletón, suscrito el 7 de julio de 2004<sup>138</sup>
- 5.8.33.** Prórroga al Contrato Adicional del 8 de marzo de 2004, suscrita el 16 de julio de 2004
- 5.8.34.** Otrosí No. 26 -Adición – Acuerdo con la Concesión BTS, suscrito el 21 de julio de 2004<sup>139</sup>
- 5.8.35.** Prórroga al Contrato Adicional del 8 de marzo de 2004, suscrita el 22 de noviembre de 2004
- 5.8.36.** Otrosí No. 27 - Modificación - Establece que la segunda estación de pesaje de los vehículos de carga tenga carácter móvil que se establecerá en el Modelo Financiero, suscrito el 16 de diciembre de 2004<sup>140</sup>
- 5.8.37.** Otrosí No. 28 – Modificación – Recaudo de la nueva estación peaje Teletón: distribución el recaudo en partes iguales para INCO y DEVINORTE, suscrito el 16 de diciembre de 2004<sup>141</sup>

---

<sup>133</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000277 a 000281

<sup>134</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000282 a 000283

<sup>135</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000284 a 000288

<sup>136</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000304 a 000320

<sup>137</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000321 a 000325

<sup>138</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000326 a 000328

<sup>139</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000336 a 000339

<sup>140</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000347 a 000350

<sup>141</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000343 a 000346

- 5.8.38.** Otrosí No. 29 - Pospone la ejecución de la ampliación del Viaducto antiguo de La Caro para 2008 y del tercer carril La Caro – Centro Chía y puente sobre el Río Bogotá para el 2012, suscrito el 16 de diciembre de 2004<sup>142</sup>
- 5.8.39.** Acta de inicio de las obras de construcción del Retorno Andes según adicional firmado el 28 de junio de 2004, suscrita el 13 de enero de 2005
- 5.8.40.** Otrosí No. 30 -Adición- Realización de avalúos requeridos para continuar el proceso de adquisición de predios, mejoras, servidumbres y zonas para disposición de materiales para la Variante Cajicá, suscrito el 17 de enero de 2005<sup>143</sup>
- 5.8.41.** Acta de recibo de obra de los accesos al Parque Sopó, suscrita el 18 de abril de 2005<sup>144</sup>
- 5.8.42.** El Acta de actualización del modelo financiero, suscrita el 31 de mayo de 2005<sup>145</sup>
- 5.8.43.** Otrosí No. 31 Modificación- Actualización del Modelo Financiero en aplicación de la Cláusula Trigésima Sexta del Contrato de Concesión y se ajusta la duración de la Etapa de Operación para que el Concesionario amortice las inversiones ejecutadas y en ejecución a esa fecha, suscrito el 31 de mayo 31 de 2005<sup>146</sup>
- Esta modificación se hizo para solemnizar el Acta de actualización del modelo financiero suscrita en la misma fecha a que se refiere el numeral anterior.
- 5.8.44.** Otrosí No. 32 - Modificación – Cambio de fiduciaria asume BANCOLOMBIA en reemplazo de FIDUESTADO, suscrito el 31 de mayo de 2005<sup>147</sup>
- 5.8.45.** Otrosí No. 33 - Modificación – Exclusión como Parte Co-contratante a COLSERAUTO S.A., suscrita el 2 de junio de 2005<sup>148</sup>
- 5.8.46.** Otrosí No. 34 – Modificación- Exclusión como Parte Co-contratante a FIDUESTADO S.A., suscrita el 2 de junio de 2005<sup>149</sup>
- 5.8.47.** Otrosí No. 35 – Modificación - Exclusión como Parte Co-contratante a CORFITOLIMA, suscrito el 2 de junio de 2005<sup>150</sup>
- 5.8.48.** Otrosí No. 36 - Modificación al Otrosí No. 23 del Contrato de Concesión- Adición para predios, incluyendo gestión predial, suscrito el 15 de junio de 2005<sup>151</sup>
- 5.8.49.** Otrosí No. 37 - Adición incluye la construcción de puente sobre línea férrea en jardines Zhue, suscrito el 15 de junio de 2005<sup>152</sup>
- 5.8.50.** Otrosí No. 38 - Adición Gestión predial para la adquisición de predios en el sector Capellanía - Zipaquirá, suscrito el 15 de junio de 2005<sup>153</sup>

---

<sup>142</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000340 a 000342

<sup>143</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000352 a 000356

<sup>144</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000240 a 000242

<sup>145</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000366 a 000367

<sup>146</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000362 a 000365

<sup>147</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000368 a 000374

<sup>148</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000379 a 000382

<sup>149</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000383 a 000389

<sup>150</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000375 a 000378

<sup>151</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000390 a 000392

<sup>152</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000429 a 000431

<sup>153</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000393 a 000428

- 5.8.51. Otrosí No. 39 - Aclaración y modificación del Otrosí 37 - Adicional del 15 de junio de 2005, suscrito el 25 de octubre de 2005<sup>154</sup>
- 5.8.52. Otrosí No. 40 - Aclaración – El establecimiento de las mayores y menores cantidades de obra se hará tomando las mismas de manera globalizada, y no ítem por ítem, al finalizar la etapa de construcción, suscrito el 12 de diciembre de 2005<sup>155</sup>
- 5.8.53. Acta de Reconocimiento de Obra Retorno Briceño I, suscrita el 15 de diciembre de 2005<sup>156</sup>
- 5.8.54. Acta de Reinicio de las Obras de los Tramos Capellanía – Zipaquirá y la Variante de Portachuelo y nueva Actualización del Modelo Financiero, relativa al Contrato de Concesión, suscrita el 29 de diciembre de 2005<sup>157</sup>

En cuanto se refiere a la nueva Actualización del Modelo Financiero, en el Acta suscrita el 29 de diciembre de 2005, las Partes hicieron previamente, entre otras, las siguientes consideraciones:

“13. Es obligación de las partes establecer permanentemente, durante la vigencia del contrato, el estado actual del Equilibrio Económico y Financiero del mismo, sin perjuicio de lo acordado entre las partes en materia de riesgos y garantías en términos del contrato original, sus adiciones, modificaciones, aclaraciones, otrosí y demás documentos suscritos entre las partes durante la vigencia del Contrato 0664-94.

“14. En desarrollo de lo anterior, el **INCO**, la **INTERVENTORIA** y el **CONCESIONARIO** procedieron a (sic) actualizar y correr el ‘Modelo Financiero’ tomando como insumos del mismo los rubros de ingresos y egresos del flujo de caja del contrato, que, una vez contabilizados siguiendo la metodología contractualmente adoptada, dieron como resultado la actualización del ‘Modelo Financiero’ que aquí se presenta por parte del **INCO**, de la **INTERVENTORIA** y del **CONCESIONARIO**, y se contiene en los siguientes documentos: a). CD marcado ‘Desarrollo Vial del Norte de Bogotá – Actualización Modelo Financiero – de diciembre 28 de 2005.’ b). Documento llamado: ‘Desarrollo Vial del Norte de Bogotá – Actualización Modelo Financiero- diciembre 28 de 2005. Bases de cálculo.’<sup>158</sup> c). Concepto Interventoría diciembre 27 de 2005 radicado en INCO con el No. 019316.<sup>159</sup>

“15. Las partes tienen claro que el llamado ‘Modelo Financiero’ es un instrumento contractual dinámico, en el sentido de que su comportamiento depende del que a su vez observen las diferentes variables que constituyen sus insumos o factores, no sólo desde el punto de vista de su cuantía, si no desde el que tiene que ver con la oportunidad temporal en que ocurran o sucedan los susodichos insumos o factores. Por lo que la actualización del ‘Modelo Financiero’, que sirve de referencia para el presente documento, refleja parcialmente lo sucedido con relación a la ejecución del Contrato de Concesión 0664 de 1994 hasta el día 30 de Noviembre (sic) de 2005, involucrando tanto lo que se refiere a las obras ya ejecutadas o en proceso de ejecución, como lo relativo a aquellas obras cuya construcción no se ha iniciado. Unas y otras se relacionan detalladamente en la actualización del modelo financiero, que, como ya se dijo, hace parte de esta Acta y, específicamente en el Anexo No. 1; identificándolas por su naturaleza, nombre, y valores reales definitivos o valores estimados; esto último según se trate de obras ya ejecutadas y en ejecución o de obras a ejecutar en el futuro.

“16. En consonancia con lo anterior, el ‘Modelo Financiero’ final o definitivo será establecido una vez que la totalidad de las variables que se constituyen sus factores de egreso y de ingreso, a tomar en cuenta, hayan pasado de la condición de hipotéticas a reales, en la medida en que se conozcan sus valores y oportunidades de ejecución y se puedan aplicar de manera cierta todas las estipulaciones del contrato y determinar en ese momento la duración real del mismo.

“17. Con sujeción a las estipulaciones del contrato, constituyen egresos del modelo los siguientes rubros de inversión: a). Las inversiones que haya realizado y realice el **CONCESIONARIO** en la ejecución del ‘alcance físico adicional’ del contrato y de su ‘alcance físico opcional’; b). Las inversiones que haya realizado y realice el **CONCESIONARIO** en la ejecución de obras complementarias en ítems previstos; c). Las inversiones que haya realizado y realice el **CONCESIONARIO** en obras complementarias ejecutadas en ítems no previstos; d). Las inversiones que haya realizado y realice el **CONCESIONARIO** en ‘mayores cantidades de obra’ de acuerdo

---

<sup>154</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 000432 a 000436

<sup>155</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000001 a 000004

<sup>156</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000005 a 000008

<sup>157</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000009 a 000015

<sup>158</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000199 a 000217

<sup>159</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000189 a 000191

con las cláusulas vigésima y vigésima primera y su aclaración del 12 de diciembre de 2005; y e). Las inversiones que haya realizado y realice el **CONCESIONARIO** en obras adicionales no contempladas en ninguna de las categorías anteriores; hayan sido éstas ejecutadas en ítems previstos o en ítems no previstos, previa y expresa aprobación de el (sic) **INCO**.

“18. En la actualización del modelo financiero que se presenta mediante esta acta se actualiza la fecha de construcción de la segunda calzada del tramo de carretera Cajicá (Capellanía) – Zipaquirá (retén) y de la Variante de Portachuelo, lo mismo que la fecha de construcción de las obras complementarias y ambientales, se excluye el retorno de Briceño I y ante la imposibilidad de aplicar la cláusula 20 del contrato en este momento de ejecución del mismo, se deja constancia que se toma como referencia provisionalmente para el valor de las obras de construcción de la segunda calzada entre Cajicá (Capellanía)-Zipaquirá (retén) y de la Variante de Portachuelo, el valor que se deriva de los diseños aprobados y que la cifra que aparece reflejada en el ítem Tramo I- Obra básica, complementarias, adicionales y mayores cantidades de obra (\$53.883.653.111 a precios de mayo/94) no ha sido desagregada y por tanto, no ha sido aplicado sobre éstos valores lo dispuesto respecto de las ‘mayores cantidades de obra’.

“En consideración a lo anterior el valor real final será el que resulte de la aplicación de las estipulaciones contractuales, en especial de las cláusulas vigésima y vigésima primera y su aclaración del 12 de diciembre de 2005 que aplicará respecto de las ‘mayores cantidades de obra’ resultantes de comparar el valor de la obra finalmente ejecutada y el de la propuesta presentada por el **CONCESIONARIO** (\$47.651.425.984. a precios de mayo de 1994).

“19. Luego de correr el modelo, con las realidades y supuestos adoptados se encontró que para mantener la Ecuación Contractual el término de duración de la Etapa de Operación del Contrato de Concesión 0664 de 1994 se extendería hasta el treinta (30) de noviembre de 2016, sin perjuicio de que dicho termino resulte mayor o menor como consecuencia de la aplicación de las cláusulas del contrato al valor final total que alcancen las obras que se ejecuten.”

Como consecuencia de todo lo anterior, en cuanto se refiere a la nueva Actualización del Modelo Financiero, en el Acta suscrita el 29 de diciembre de 2005, las Partes acordaron que “Luego de correr el modelo con las realidades y supuestos adoptados se encontró que para mantener la Ecuación Contractual el término de duración de la Etapa de Operación del Contrato de Concesión 0664 de 1994 se extendería hasta el treinta (30) de noviembre de 2016, sin perjuicio de que dicho termino resulte mayor o menor como consecuencia de la aplicación de las cláusulas del contrato al valor final que alcancen las obras que se ejecuten.” “Por lo tanto, precisaron las Partes, el valor real final será el que resulte de las estipulaciones contractuales, en especial de las cláusulas vigésima y vigésima primera y su aclaración del doce (12) de diciembre 2005 que aplicará respecto de las ‘mayores cantidades de obra’ resultantes de comparar el valor de la obra finalmente ejecutada y el de la propuesta presentada por el **CONCESIONARIO** (\$47.651.425.984. a precios de mayo de 1994).” (Acuerdo Séptimo del Acta)

- 5.8.55. Acta de inicio de obra en el Municipio de Cajicá, suscrita el 2 de marzo de 2006
- 5.8.56. Acta que determina la desagregación de las inversiones efectuadas por la U.T. en ejecución de las obras agrupadas bajo el nombre de Tramo I, suscrita el 19 de abril de 2006<sup>160</sup>
- 5.8.57. Acta de inicio de construcción de los tramos Capellanía – Zipaquirá, Variante Portachuelo y otras obras pertenecientes al alcance físico adicional del Contrato de Concesión, suscrita el 8 de junio de 2006<sup>161</sup>
- 5.8.58. Otrosí No. 41 - Modificación del Adicional del 15 de junio de 2005 – amplía en 12 meses el plazo para el proceso de gestión predial Capellanía – Zipaquirá y Variante de Portachuelo, suscrito el 13 de junio de 2006<sup>162</sup>

---

<sup>160</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000022 a 000025

<sup>161</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000026 a 000028

<sup>162</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000029 a 000030

- 5.8.59.** Otrosí No. 42 - Adición del Adicional de 15 de junio de 2005 – Aplazamiento por 4 años de la construcción del Paso a Nivel – Puente elevado, Intersección de Jardines Zhue, suscrito el 7 de julio de 2006<sup>163</sup>
- 5.8.60.** Otrosí No. 43 - Nova la obligación existente a cargo del INCO y en favor del Concesionario de pagar el saldo insoluto por concepto de las “Obras ejecutadas en ítems no previstos”, realizadas en ejecución del “Tramo I”, suscrito el 11 de agosto de 2006<sup>164</sup>
- 5.8.61.** Otrosí No. 44 - Adición - Modificación Diseños de los tramos Capellanía – Zipaquirá, Variante Portachuelo - Ancho separador a seis metros, suscrito el 22 de agosto de 2006<sup>165</sup>
- 5.8.62.** Acta de Liquidación / Variante Cajicá, Obras Ambientales y Acometidas y Conducciones de Servicios Públicos, suscrita el 30 de agosto de 2006<sup>166</sup>
- 5.8.63.** Acta de Acuerdo de Cantidades de obra y Presupuesto, incluyendo el separador central de seis (6) metros y otras modificaciones, conforme a la Adición al Contrato de Concesión del 22 de agosto de 2006), suscrita el 7 de diciembre de 2006<sup>167</sup>
- 5.8.64.** Acta de Acuerdo (Reconocimiento por parte del INCO al Concesionario de los valores dejados de percibir por éste, como consecuencia de la aplicación de tarifas diferenciales, las disposiciones de la Ley 787 de 2002 y la Circular INCO No. SGC-003 del 12 de enero de 2006), suscrita el 7 de diciembre de 2006<sup>168</sup>
- 5.8.65.** Otrosí No. 45 – Adición – Tarifas diferenciales establecidas por el INVIAS para automotores dedicados al servicio del transporte colectivo, suscrito el 7 de diciembre de 2006<sup>169</sup>
- 5.8.66.** Otrosí No. 46 - Adición – Construcción Puente Peatonal Centro Hospitalario Clínica de Teletón, suscrito el 21 de diciembre de 2006<sup>170</sup>
- 5.8.67.** Otrosí No. 47 - Adición – Complemento y modificación al Acta del 7 de diciembre de 2006 en cuanto a los peajes (Tarifas Diferenciales), suscrito el 19 de febrero de 2007<sup>171</sup>
- 5.8.68.** Otrosí No. 48 - Adición al Contrato de Concesión (Prórroga en Plazo Gestión Predial – Sector Capellanía Zipaquirá y V.P.), suscrito el 14 de junio de 2007<sup>172</sup>
- 5.8.69.** Otrosí No. 49 – Adición - Prórroga en el Plazo Gestión Predial-, suscrito el 13 de junio de 2008<sup>173</sup>
- 5.8.70.** Otrosí No. 50 -Adición - Prorroga en Plazo Construcción Capellanía Zipaquirá y Variante de Portachuelo, suscrito el 6 de febrero de 2009.<sup>174</sup>

---

<sup>163</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000031 a 000034

<sup>164</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000035 a 000038

<sup>165</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000039 a 000044

<sup>166</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000382 a 000389

<sup>167</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000056 a 000060

<sup>168</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000046 a 000048

<sup>169</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000049 a 000055

<sup>170</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000061 a 000066

<sup>171</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000067 a 000074

<sup>172</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000075 a 000077

<sup>173</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000078 a 000079

<sup>174</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000080 a 000083

- 5.8.71.** Otrosí No. 51 - Adición - Prórroga en el Plazo Gestión Predial, suscrito el 13 de junio de 2009<sup>175</sup>
- 5.8.72.** Otrosí No 52 - Adicional - Prórroga en el plazo construcción Capellanía - Zipaquirá y Variante de Portachuelo -, suscrita el 13 de octubre de 2009<sup>176</sup>
- 5.8.73.** Otrosí Modificatorio No. 53 – Excluye como Parte Co-contratante al IFI-, suscrito el 30 de diciembre de 2009<sup>177</sup>
- 5.8.74.** Acta de Terminación del plazo de Obra para la construcción de la doble calzada Cajicá (Capellanía) – Zipaquirá (Retén) y de la Variante de Portachuelo, suscrita el 27 de julio de 2010<sup>178</sup>
- 5.8.75.** Acta de iniciación de obra Puente Vehicular Santana (Alcance Básico), suscrita el 16 de enero de 2013<sup>179</sup>
- 5.8.76.** Acta de inicio de los Estudios y Diseños para la construcción ampliación del viaducto existente en La Caro, perteneciente al Alcance Básico, suscrita el 11 de febrero de 2013<sup>180</sup>
- 5.8.77.** Acta de inicio de los Estudios y Diseños para la construcción del Puente Vehicular Zhue, obra complementaria del Contrato de Concesión, suscrita el 11 de febrero de 2013<sup>181</sup>
- 5.8.78.** Acta de Inicio de los Estudios y Diseños para la construcción del Tramo La Caro - Centro Chía previsto como parte del Alcance Básico, suscrita el 11 de febrero de 2013<sup>182</sup>
- 5.8.79.** Acta de inicio de los Estudios y Diseños para la construcción del Puente Peatonal Refisal en la Vía Capellanía – Zipaquirá previsto como parte del Alcance Básico, suscrita el 12 de marzo de 2013<sup>183</sup>
- 5.8.80.** Acta de inicio de los Estudios y Diseños para la construcción de los Puentes Peatonales El Misterio y Rincón Santo en la Variante de Cajicá, previstos como parte de Alcance Básico, suscrita el 15 de marzo de 2013<sup>184</sup>
- 5.8.81.** Otrosí No. 54 – Modifica el alcance del Contrato de Concesión adicionando al alcance físico inicialmente contratado, la denominada intersección T de Portachuelo en su Fase I, suscrito el 31 de octubre de 2013<sup>185</sup>
- 5.8.82.** Otrosí No. 55 – Actividades de repotenciación y rehabilitación del puente peatonal BRICENÑO, suscrito el 7 de febrero de 2014.<sup>186</sup>

---

<sup>175</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000084 a 000086

<sup>176</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000087 a 000090

<sup>177</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 6, Folios 000091 a 000094

<sup>178</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 7, Folios 000001 a 000017.

<sup>179</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 8, Folios 000551 a 000554 y Folios 000587 a 000590

<sup>180</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 8, Folios 000523 a 000526

<sup>181</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 8, Folios 000535 a 000538 y Folios 000599 a 000602

<sup>182</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 8, Folios 000546 a 000550 y Folios 000610 a 000614

<sup>183</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 8, Folios 000539 a 000545 y Folios 000603 a 000609

<sup>184</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 8, Folios 000527 a 000534 y Folios 000591 a 000598

<sup>185</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 14, Folios 000343 a 000354

<sup>186</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Citado en el Otrosí No. 60 que aparece en el Cuaderno Principal No. 5, Folios 227 a 236 vuelto.



- 5.8.83. Acta por medio de la cual se establecen los valores correspondientes a la obra contratada en el Otrosí del 31 de octubre de 2013 – intersección en el sitio denominado T de Portachuelo, localizada en la Ruta 45A04 PR26+000, suscrita el 9 de abril de 2014<sup>187</sup>
- 5.8.84. Acta por medio de la cual se establecen los valores de la adquisición predial para la obra contratada en el Otrosí del 31 de octubre de 2013 – intersección en el sitio denominado T de Portachuelo, localizada en la ruta 45A04 PR26+000, suscrita el 20 de junio de 2014<sup>188</sup>
- 5.8.85. Otrosí No. 56, Autorización de cesión de la participación de CANO JIMÉNEZ ESTUDIOS S.A. a la UNIÓN TEMPORAL ÍNTEGRA DE COLOMBIA S.A.S. suscrito el 29 de julio de 2014<sup>189</sup>
- 5.8.86. Otrosí No. 57, elaboración de los Estudios y Diseños a nivel de detalle - Fase III, para la construcción de las Variantes Sopó (Briceño – Pueblo Viejo – Las Manas) y Cajicá (El Molino – Canelón), suscrito el 30 de abril de 2015<sup>190</sup>
- 5.8.87. Otrosí No. 58, para excluir la ejecución de los Estudios y Diseños a nivel de detalle -Fase III- de la Variante Cajicá (El Molino – Canelón), suscrito el 30 de octubre de 2015<sup>191</sup>
- 5.8.88. Actas de suspensión y prórrogas del plazo previsto en el Otrosí No. 57 de 2015 – modificado por el Otrosí No. 58 de 2015, Estudios y Diseños a Nivel de Detalle – Fase III de la Variante Sopó, suscritas el 29 de marzo, el 29 de abril y el 23 de mayo de 2016.<sup>192</sup>
- 5.8.89. Otrosí No. 59, se ajusta el valor del Otrosí No. 57 con ocasión de la exclusión de la ejecución de los estudios y diseños a nivel de detalle de la Variante Cajicá (El Molino – Canelón), suscrito el 16 de diciembre de 2015<sup>193</sup>
- 5.8.90. Otrosí No. 60, resultado de Acuerdo Conciliatorio aprobado por el Tribunal el 24 de noviembre de 2015, suscrito el 15 de abril 2016<sup>194</sup>

En este Otrosí suscrito el 15 de abril de 2016, las Partes acordaron esencialmente lo siguiente:

1. Suscribir este Otrosí, el cual tiene por objeto dar cumplimiento a lo pactado entre las Partes en el Acuerdo Conciliatorio del 30 de octubre de 2015, aprobado por el Tribunal de Arbitramento mediante Acta No. 29 del 24 de noviembre de 2015 (Cláusula Primera).
2. Declarar que al momento de la suscripción del acuerdo conciliatorio se encontraban ya ejecutadas las siguientes obras (Cláusula Segunda):

No.	OBRA	FECHA DE TERMINACIÓN	ACTA DE TERMINACIÓN
1	Puente peatonal El Misterio	9 de abril de 2014	22 de abril de 2014
2	Puente peatonal Rincón Santo	19 de febrero de 2014	27 de febrero de 2014
3	Ampliación en un tercer carril del Tramo la Caro-Centro Chía	19 de septiembre de 2014	26 de septiembre de 2014

<sup>187</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno de Pruebas No. 14, Folios 000355 a 000362

<sup>188</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Citado en el Otrosí No. 60 que aparece en el Cuaderno Principal No. 5, Folios 227 a 236 vuelto.

<sup>189</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno Principal No. 5, Folios 130 a 137.

<sup>190</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Citado en el Otrosí No. 60 que aparece en el Cuaderno Principal No. 5, Folios 227 a 236 vuelto.

<sup>191</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Citado en el Otrosí No. 60 que aparece en el Cuaderno Principal No. 5, Folios 227 a 236 vuelto.

<sup>192</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Citado en el Otrosí No. 60 que aparece en el Cuaderno Principal No. 5, Folios 227 a 236 vuelto.

<sup>193</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Citado en el Otrosí No. 60 que aparece en el Cuaderno Principal No. 5, Folios 227 a 236 vuelto.

<sup>194</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno Principal No. 5, Folios 227 a 236 vuelto.

4	Ampliación del Puente sobre el Río Bogotá	30 de junio de 2014	10 de julio de 2014
---	---	---------------------	---------------------

3. Declarar que, para el momento de la suscripción de este Otrosí, se encontraban en ejecución de las siguientes obras (Cláusula Tercera):

Obras en ejecución
a. Puente Peatonal Refisal
b. Construcción Cicloruta la Caro Centro Chía
c. Puente o Paso peatonal Zhúe
d. Ampliación Viaducto La Caro

4. Declarar que, en cumplimiento del acuerdo conciliatorio, las siguientes obras se excluyen del alcance del Contrato de Concesión (Clausula Cuarta):

Obras	Obras contratadas en	Valor
a. Puente Vehicular Santana	Alcance Básico	\$ 809.375.000
b. Puente Vehicular Zhúe (*)	Otrosí Modificación del 15/06/2005	\$ 1.664.251.000
c. Box UniSabana	Alcance Básico	\$ 42.431.000
d. Viaducto Hato Grande	Otrosí de 11/08/2003, se formaliza actualización del modelo financiero de octubre de 2001	\$ 630.300.000
e. Viaducto Capellanía	Otrosí de 11/08/2003, se formaliza actualización del modelo financiero de octubre de 2001	\$527.821.000

(\*) Inicialmente el valor establecido para dicha obra correspondía a los \$1.704.247.000, monto del cual se descuenta lo pagado por estudio y diseño por interventorías anteriores, recursos que ascienden a 39.996 millones, resultado el valor definitivo de exclusión de \$ 1.664.251.000.

Las Partes señalaron que “el valor asociado a la exclusión de las obras mencionadas asciende a la suma de TRES MIL SEISCIENTOS SETENTA Y CUATRO MILLONES CIENTO SETENTA Y OCHO MIL PESOS (\$3.674.178.000) pesos de 1994, de conformidad con los documentos contractuales y según la distribución antes indicada; monto que, sin perjuicio de lo que se decida por el panel arbitral, se encuentra incorporado en el modelo financiero del contrato conforme con lo establecido en el ‘Acta de Reinicio de obra de los Tramos Capellanía-Zipaquirá y la Variante de Portachuelo y actualización del Modelo Financiero’ del 29 de diciembre de 2005.”

5. En cuanto se refiere a la destinación de los montos de las obras excluidas, en la Cláusula Quinta las Partes señalaron y convinieron que,

“De conformidad con lo previsto en el acuerdo conciliatorio respecto de destinar los recursos de las obras excluidas para ejecutarlos en beneficio del proyecto, las Partes convienen en reconocer los valores adicionales requeridos para la ejecución de la ampliación del Viaducto La Caro con fuente en estos recursos, conforme con los estudios y diseños Fase III elaborado por el Concesionario y revisado y no objetados por la Interventoría, cuyo valor total asciende a la suma de DOS MIL SETECIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS TREINTA MIL CIENTO VEINTISEIS PESOS (\$ 2.735.930.126) pesos de 1994.

Es decir, una vez descontado los recursos previstos inicialmente para la ejecución de las obras del Viaducto La Caro en el Alcance Básico, correspondiente a OCHOCIENTOS DIEZ MILLONES CIENTO MIL PESOS (\$810.100.000) pesos de 1994 del valor total referido en el inciso anterior para su ejecución final, se requiere un monto adicional de MIL NOVECIENTOS VEINTICINCO MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA MIL CIENTO VEINTISEIS PESOS (\$ 1.925.830.126) pesos de 1994, los cuales, tal como se mencionó, se tomarán de los recursos resultantes de la exclusión de las obras mencionadas en la cláusula anterior.

De conformidad con lo anterior, el valor global de la Construcción de las obras correspondientes al Viaducto La Caro Corresponde a DOS MIL SETECIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS TREINTA MIL CIENTO VEINTISEIS PESOS (\$ 2.735.930.126) pesos de 1994, según la siguiente distribución:

OBRA	COP 1994
Estructura puente y aproches	\$ 1.540.305.930
Repotenciación puente antiguo	\$ 156.641.796
Ampliación Acceso y vías, incluye ramal Cra. 7ª	\$ 851.871.374
Otros ítems (forestal, social ambiental, PMT, Iluminación)	\$ 187.111.026

“PARÁGRAFO PRIMERO.- Los costos asociados a las actividades correspondientes al mantenimiento y la operación de las Obras contratadas para el Viaducto La Caro se encuentran ya contemplados en el modelo financiero y por tanto no se reconocerá valor adicional por este concepto.

“PARÁGRAFO SEGUNDO.- El saldo de los valores de las obras excluidas del proyecto descontando lo referente a las obras del mayor valor del Viaducto La Caro, es decir MIL SETECIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS (\$ 1.748.347.874) en pesos de 1994, conforme a los términos del acuerdo conciliatorio se entiende de libre disposición de la Entidad, y en todo caso, se considerará para los ajuste que se efectúen a la ingeniería financiera del proyecto.”

6. Que los plazos de ejecución de las actividades de construcción de las obras enunciadas en la Cláusula Tercera del citado Otrosí, a partir del cronograma propuesto por el Concesionario y la no objeción de la Interventoría, es la siguiente (Cláusula Sexta):

Obras en ejecución	Plazo para finalización y entrega
a. Puente Peatonal Refisal*	183 días
b. Construcción Cicloruta La Caro – Centro Chía*	200 días Previsto traslado de la red de alumbrado público y terminación de la construcción del Puente Peatonal Unisabana por parte de ICCU**
c. Puente o Paso peatonal Zhúc*	183 días Prevía entrega del predio del costado occidental**
d. Ampliación viaducto La Caro*	386 días

\* La fecha de inicio se cuenta desde la firma del acta de inicio de las actividades.

\*\* El Concesionario desplegará la mayor diligencia y colaboración a efectos de lograr esta gestión dentro de la mayor brevedad.

“PARÁGRAFO PRIMERO.- En el evento en que El Concesionario no ejecute de manera completa las obras convenidas a través del presente documento dentro de los plazos establecidos, y argumente que ello obedece a eventos o circunstancias fuera de su control razonable, dichas condiciones deberán ser acreditadas de acuerdo con el procedimiento establecido en la Cláusula Vigésima Séptima del Contrato de Concesión 0664 de 1994, La interventoría deberá verificar la diligencia y la oportunidad de la gestión desplegada por el concesionario así como el impacto de tales eventos en la totalidad de las obras, para determinar con base en esos insumos la prórroga o el inicio del proceso sancionatorio. Esto, sin perjuicio del cálculo del beneficio financiero que se genere por el nuevo desplazamiento de las inversiones.

“PARÁGRAFO SEGUNDO.- En lo que corresponde a los plazos previstos en los cronogramas para la ejecución de las obras referidas en este Otrosí y teniendo en cuenta que la determinación del plazo de la Concesión se encuentra a instancias de las resultas del Tribunal de Arbitramento en curso entre las Partes, en el evento en que el plazo de la Concesión- conforme a la decisión arbitral-finalice con anterioridad a la extinción del plazo de las obras establecido en los cronogramas objeto del presente otrosí, la obligación de terminar las obras no implica - de manera alguna- extensión o prórroga del plazo de la Concesión y su culminación será obligatoria para el Concesionario. En tal caso, se suscribirá un documento entre las Partes regulado lo pertinente a la terminación de estas obras.

“PARÁGRAFO TERCERO.- La pretensión de ANI respecto del beneficio financiero obtenido por el Concesionario con ocasión del desplazamiento de las inversiones en las obras referidas en las cláusulas anteriores está sujeta a las resultas del tribunal Arbitral, tal como se consignó en el acuerdo conciliatorio del 30 de Octubre de 2015.”

7. Que el Concesionario, a partir de los Estudios y Diseños a nivel de detalle, revisados por la Interventoría y la ANI, debe cumplir con los siguientes hitos (Cláusula Séptima):

- a. Socialización del proyecto a las comunidades del área de influencia directa e indirecta.
- b. En temas relacionados con posibles invasiones del derecho de vía, será responsabilidad del concesionario minimizar la ocurrencia de tales eventos a través de las actividades de vigilancia y protección del corredor. En el caso eventual de que se requiera algún tipo de restitución de derecho, deberá adelantar todas las acciones correspondientes a efectos de contar con el apoyo de las autoridades locales.
- c. Los sobre costos que con ocasión de la ejecución de esta gestión social se generen, correrán por cuenta y riesgo del Concesionario.

8. Que, “de acuerdo con los Estudios y Diseños a nivel de detalle elaborados por El Concesionario, para las obras de ampliación del Viaducto la Caro, no se requiere adelantar gestión predial, por lo

tanto cualquier gestión predial adicional que se requiera, correrá por cuenta y riesgo del Concesionario” (Cláusula Octava).

9. Que “El Concesionario, a partir de los Estudios y Diseños a nivel de detalle, revisados por la Interventoría y la ANI, deberá adelantar por su cuenta y riesgo todas las autorizaciones ambientales, incluyendo las tendientes a la modificación de la licencia ambiental en caso de ser necesario, cumplimiento del plan de manejo y elaboración de informes de cumplimiento ambiental ICA, en caso de requerirse”; Que “Los sobrecostos relacionados con los trámites ambientales correrán por cuenta y riesgo del concesionario, de acuerdo a lo requerido por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA o las Autoridades Ambientales Regionales”; Que “Será responsabilidad del CONCESIONARIO, tramitar todos los permisos adicionales para uso y aprovechamiento de recursos naturales necesarios que se deriven de la realización de la obra y que no se encuentren cobijados por las licencias ambientales con que cuenta la concesión”; y, Que “Para la ejecución de las actividades de qué trata el presente Otrosí, se cuenta con licencia ambiental, Resolución No. 0703 del 20 de junio de 1996, modificada por la Resolución No. 0848 del 06 de agosto de 2003 y aclarada mediante Resolución No. 0196 del 23 de marzo de 2012.”

10. Que “Una vez suscrito este documento, el Concesionario se obliga a ajustar y entregar a la AGENCIA las Garantías del contrato de concesión No. 664 de 1994, de acuerdo a las condiciones y requisitos generales establecidos en la Decreto 1082 de 2015, que compila las normas del Decreto 1510 de 2013, a más tardar dentro de ocho (08) días hábiles siguientes a la suscripción de presente Otrosí” (Cláusula Décima).

11. Que, según se acordó en la Cláusula Décima Primera, “El contratista asumirá los siguientes riesgo-únicamente - en lo asociado a las obras objeto de este documento contractual:

- Los efectos favorables o desfavorables derivados de las condiciones de la infraestructura a intervenir en el estado en que se encuentran.
- Los efectos favorables o desfavorables derivados de las variaciones en: (i) los precios de mercado de los insumos necesarios para adelantar las Intervenciones incluyendo mano de obra y servicios, y (ii) de las cantidades de obra necesarias para la consecución de los resultados previstos para las Intervenciones para cumplir con sus obligaciones contractuales del presente.
- Los efectos favorables o desfavorables derivados de las variaciones como consecuencia de la variación de cualquier estimación inicial de las cantidades de obra para las intervenciones frente a lo realmente ejecutado, o por la variación entre cualquier estimación de precios inicialmente efectuada para los insumos necesarios para la ejecución de las Interventorías.
- Los efectos favorables o desfavorables derivados de las variantes en los precios de mercado de los insumos necesarios para adelantar las Obras de Mantenimiento y cantidades de obra que resulten necesarias para la consecución de los resultados previstos.
- Los efectos favorables o desfavorables derivados de los Estudios de Detalle y Estudios de Trazado y Diseño Geométrico o cualquier otro componente de diseño, sobre la programación de obra, sobre los costos , y/o en general sobre cualquier situación que pueda verse afectada como consecuencia de su ejecución durante cualquiera de las etapas, en los términos establecidos en el contrato.
- Los efectos desfavorables derivadas de los efectos del riesgo de insuficiencia del Valor Estimado de Predios y compensación socioeconómicas.

- Los efectos favorables o desfavorables derivados de la Gestión Social y Ambiental, toda vez que es obligación de resultado del Concesionario efectuar la Gestión Social y Ambiental y cumplir al respecto con la Ley Aplicable.
- Los efectos favorables o desfavorables derivados del traslado e intervención de Redes.
- Los efectos favorables o desfavorables de la obtención y/o alteración de las condiciones de financiación y/o costos de la liquidez que resulten de la alteración en las variables del mercado, toda vez que es una obligación contractual de resultado del Concesionario obtener la completa financiación para la ejecución del Proyecto.
- Los efectos desfavorables derivados de todos y cualesquiera daños, perjuicios o pérdidas de los bienes de propiedad del Concesionario causados por terceros diferentes de la ANI.
- Los efectos favorables o desfavorables derivados del acaecimiento de eventos cubiertos por las pólizas.
- Los efectos derivados de la destrucción total o parcial de los bienes, materiales y equipos del Concesionario o sus subcontratistas.
- Los efectos desfavorables correspondientes a pérdidas, daños, cargos o expensas en que tenga que incurrir el Concesionario con ocasión de la invasión del Corredor del Proyecto por parte de terceros.
- Los efectos favorables o desfavorables derivados de las modificaciones a los Estudios de Detalle Estudios de Trazados y Diseño Geométrico o cualquier otro componente de diseño durante la Fase de Construcción.”

12. Que “El control y seguimiento a la oportuna ejecución del Otrosí estará a cargo de la Vicepresidencia de Gestión Contractual –Modo Carretero y de la firma interventora” (Cláusula Décima Segunda).

13. Que, “Las Partes entienden y aceptan que sin perjuicio de lo aquí convenido respecto de las exclusión y sustituciones de obras, en lo que hace a la actualización del modelo financiero del proyecto y al efecto económico de los desplazamiento de cronogramas, se estará a lo resuelto por el Tribunal de Arbitral” (Cláusula Décima Tercera).

De conformidad con todo lo anteriormente expuesto, el Tribunal concluye que el Contrato No. 0664 de 1994 celebrado entre el Instituto Nacional de Vías - INVIAS -, luego cedido al Instituto Nacional de Concesiones - INCO, hoy Agencia Nacional de Infraestructura – ANI- y la Unión Temporal para el Desarrollo del Norte de Bogotá DEVINORTE, el cual incluye los adicionales, otrosíes, adiciones, modificaciones y acuerdos, es un Contrato de Concesión de Obra Pública, de primera generación, que se rige íntegramente por el marco normativo y de política pública existente al momento de su celebración – esto es, la Ley 105 de 1993- así como por las normas que la modifican, complementan o sustituyen.

Es un Contrato de Concesión para la elaboración de Estudios, Diseños Definitivos y Obras para la Rehabilitación, o para la Construcción, o para la Construcción y Mantenimiento del Proyecto de Infraestructura Vial para el Norte de Bogotá. Conforme a las modificaciones introducidas desde el inicio, el Concesionario tiene a su cargo: 1. La financiación total del proyecto descrito en el Pliego de Condiciones, incluidos los costos de supervisión técnica y financiera y los costos de adquisición de predios para el derecho de vía, según los procedimientos descritos en los numerales 1.11 y 1.12,

respectivamente, del Pliego de Condiciones; 2. El diseño definitivo del proyecto, de acuerdo con la información técnica suministrada en el Pliego de Condiciones; 3. La construcción de las obras, de acuerdo con el diseño definitivo elaborado por la Unión Temporal Concesionaria, incluyendo entre otros, vías en superficie, viaductos, túneles, intersecciones, obras de arte, drenajes, y señalización; 4. El suministro, instalación, montaje y pruebas de los equipos requeridos, de acuerdo con el diseño para construcción elaborado por la Unión Temporal Concesionaria; 5. La puesta en funcionamiento del sistema vial; 6. El recaudo del peaje en las siguientes casetas: a) Los Andes, localizada en la ruta 45A entre la calle 236 y La Caro, durante las etapas de construcción y de operación del proyecto; b) Fusca, localizada en la ruta 55 entre la calle 236 y La Caro, durante el lapso comprendido entre su fecha de apertura y la finalización de la etapa de operación del proyecto; 7. Los trabajos de conservación, reparación y reconstrucción necesarios para mantener el proyecto en los niveles de servicio establecidos en la Cláusula 25 del Contrato de Concesión; 8. Todas las actividades necesarias para la construcción, operación y entrega de las obras en buen estado, en un todo de acuerdo con las condiciones, términos, alcances y obligaciones establecidas en el Pliego de Condiciones; 9. Todas las actividades de la administración fiduciaria.

Es un contrato de plazo fijo, el cual, por decisión contenida en el Laudo Arbitral del 6 de octubre de 2016 proferida por el Tribunal Arbitral convocado por las mismas Partes, venció el 30 de noviembre de 2017.

El valor total del Contrato, más los costos de la operación y el mantenimiento durante la concesión se hizo mediante la cesión de los derechos de recaudo de los peajes en él definidos de acuerdo con el correspondiente esquema tarifario.

En tal virtud, el concesionario obtuvo como contraprestación o remuneración por ejecutar el Contrato el valor que resultó del recaudo de las tarifas de peaje que le fueron cedidas, conforme a la matriz de riesgos adoptada, la inicial y las que la modificaron, con los límites que resultaron de las previsiones sobre el Ingreso Mínimo Garantizado y el Ingreso Máximo Aportante cuyo no alcance o sobrepaso, según sucediera, respectivamente, determinó las consecuencias previstas en el mismo Contrato.

El cumplimiento del objeto contractual por parte del Concesionario se llevó a cabo con la continua y especial vigilancia y control ejercidos por la entidad concedente INVIAS, INCO o ANI, respecto de la correcta ejecución de la obra y de su operación y mantenimiento.

En el Contrato de Concesión 0664 de 1994, se pactó la obligación, a cargo del Concesionario, de asumir la ejecución del objeto de la concesión por su cuenta y riesgo, circunstancia ésta que conduce a identificar este contrato de concesión como un auténtico negocio financiero, puesto que el Concesionario debió disponer de y/o conseguir los recursos financieros requeridos para la ejecución de la obra, razón por la cual ha de tener derecho a las utilidades.

En efecto, la Concesión se estructuró como un típico negocio financiero en el cual el particular ha destinado a la rehabilitación, construcción y construcción y mantenimiento de la obra pública recursos propios o gestados por él por su propia cuenta y bajo su propia responsabilidad, mientras que el Estado se obligó a las correspondientes prestaciones que permitirán al Concesionario recuperar su inversión y obtener sus ganancias mediante cualquiera de los mecanismos permitidos por la ley y convenidos para obtener el repago de la inversión privada y sus rendimientos. En otros términos, la utilidad o ventaja económica que se persiguió con la celebración de este Contrato por el particular Concesionario no surgió del “precio” pactado, equivalente al valor de la obra ejecutada, sino en el rendimiento de los recursos invertidos para la realización del objeto contractual o, lo que es lo mismo, en el retorno de la inversión realizada; dicho retorno constituye, entonces, el móvil que condujo al Concesionario a la celebración del Contrato.

Así, el Concesionario adquirió no sólo la obligación de rehabilitar, construir, o construir y operar y mantener la obra, sino también la de ponerla en funcionamiento, esto es, la de explotarla, obtener ingresos por este concepto y pagarse así lo invertido en dicha construcción. Por ello, los ingresos que produjo la obra dada en concesión, fueron asignados total o parcialmente al Concesionario, hasta tanto obtuviera dentro del plazo estipulado en el Contrato de Concesión, el retorno al capital invertido.

### C. EL PROCESO ARBITRAL ANTERIOR (RAD. No. 2975)

El 28 de junio de 2013 las sociedades **CANO JIMÉNEZ ESTUDIOS S.A., CASTRO TCHERASSI S.A., CIVILIA S.A., OFINSA INVERSIONES S.A.S, EQUIPO UNIVERSAL S.A., G4S SECURE SOLUTIONS COLOMBIA S.A –G4S- y MINCIVIL S.A.**, todas ellas integrantes de la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL NORTE DE BOGOTÁ - DEVINORTE**, por intermedio de apoderado especial, solicitaron al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá la integración de un Tribunal de Arbitramento para dirimir sus controversias con la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** relativas a la ejecución del Contrato de Concesión No. 0664 celebrado el 24 de noviembre de 1994.<sup>195</sup>

El 18 de septiembre de 2013, el señor apoderado judicial de las sociedades convocantes sustituyó la demanda arbitral presentada contra la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI-** relacionada con la ejecución del Contrato de Concesión No. 0664 celebrado el 24 de noviembre de 1994.<sup>196</sup>

El 5 de febrero de 2014, la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** contestó en tiempo la demanda arbitral, se opuso expresamente a las pretensiones y a los hechos en ella contenidas, propuso excepciones de mérito contra las pretensiones de los demandantes y formuló petición de pruebas.

El mismo 5 de febrero de 2014, la Parte Convocada propuso demanda de reconvencción contra todos los demandantes, lo mismo que contra la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL NORTE DE BOGOTÁ – DEVINORTE**, originada en el Contrato de Conformación de la Unión Temporal del día 21 de noviembre de 1994. Antes de la admisión de la demanda de reconvencción, el 5 de marzo de 2014, la Parte demandante en reconvencción sustituyó la demanda de reconvencción presentada, la cual se dirigió contra todos sus demandantes, al tiempo que ejercitó acción contractual contra la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL NORTE DE BOGOTÁ – DEVINORTE**, que fue la que celebró con el **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS**, sustituido por el **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES - INCO** que luego se transformó en la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**, el Contrato de Concesión No. 0664 del 24 de noviembre de 1994.

Mediante auto del 19 de marzo de 2014 (Acta No. 4), el Tribunal resolvió admitir la demanda de reconvencción sustituida la cual se halla incorporada en el texto de la demanda de reconvencción sustituida y, en su lugar, citar a la mencionada **UNIÓN TEMPORAL** a ese proceso arbitral, en calidad de litisconsorte necesario de la Parte Convocante, a la cual se ordenó correr traslado de la demanda de reconvencción sustituida.

Surtido el trámite correspondiente en el citado proceso arbitral y bien adelantada la etapa probatoria, el 30 de octubre de 2015, las Partes suscribieron un Acuerdo Conciliatorio en el marco del Tribunal

---

<sup>195</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno Principal No. 1, Folios 001 a 048.

<sup>196</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Cuaderno Principal No. 1, Folios 281 a 335.

de Arbitramento convocado por los integrantes de la Unión Temporal para el Desarrollo del Norte de Bogotá - DEVINORTE contra la Agencia Nacional de Infraestructura.

El objeto del Acuerdo Conciliatorio convenido entre las Partes comprendió, en primer lugar, en los términos del inciso 3 del artículo 314 del Código General del Proceso, la resolución de manera definitiva de las diferencias de las que dieron cuenta algunas de las Pretensiones contenidas en la Demanda de Reconvención, -todas ellas de contenido patrimonial y, por consiguiente, de carácter transigible,- de conformidad con lo cual, la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI, desistió de ellas, sin que ello generara condena en costas. Igualmente, las Partes desistieron de las excepciones de mérito mutuamente formuladas en sus respectivos escritos de contestación tanto a la demanda inicial, versión sustitutiva y reformada, como a la de reconvención, frente a las pretensiones que fueron materia del Acuerdo Conciliatorio. Dichas excepciones de mérito se entendieron desistidas en lo que respecta exclusivamente a las pretensiones conciliadas.

Teniendo en cuenta lo anterior, mediante Auto del 24 de noviembre de 2015, el Tribunal Arbitral encontró que esa conciliación, cumplió los requisitos del Contrato de Transacción que constituyó el negocio jurídico subyacente. En efecto, dijo, si se entiende que lo que tipifica a la transacción es terminar un litigio pendiente o precaver un litigio eventual (art. 2469 del C. C.), el primer aspecto se encuentra cumplido al resultar evidente que como consecuencia de esa conciliación se solucionaron algunas de las controversias sometidas a la decisión de ese Tribunal y, por ende, se desistió de algunas de las pretensiones de la reforma de la demanda inicial sustituida y de la demanda de reconvención. De igual manera, señaló el Tribunal, si se considera que lo que caracteriza a la transacción es la existencia de concesiones recíprocas, es claro y evidente, a partir del análisis del texto conciliatorio que fue objeto de examen, que las Partes efectuaron concesiones recíprocas de variada naturaleza, las cuales, por lo demás, versaron sobre derechos patrimoniales susceptibles de ser renunciados.

El citado Acuerdo Conciliatorio no fue un acuerdo conciliatorio total. Ese acuerdo únicamente solucionó o puso fin a algunas de las controversias planteadas ante ese Tribunal, dejando sin efecto, entre otras, las pretensiones que atrás se relacionaron de la demanda de reconvención, que fueron desistidas por la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI y excluidas del proceso arbitral. Las demás controversias y pretensiones que aparecían consignadas en la antedicha demanda, así como en la respectiva contestación y réplica, no cobijadas por el citado Acuerdo Conciliatorio, continuaron vigentes y, por ende, las mismas debieron ser resueltas, como así se hizo, en el Laudo que puso fin al proceso arbitral.

Con fundamento en todo lo anteriormente expuesto, el Tribunal encontró que el Acuerdo Conciliatorio al que llegaron las Partes satisfizo los requisitos de ley y estaba llamado a producir los efectos sustanciales y adjetivos que le asignaba el ordenamiento jurídico, no fue lesivo para el patrimonio público, no violó norma alguna del ordenamiento jurídico y se fundó en el acervo probatorio decretado y practicado en ese proceso arbitral en forma regular.

En tal virtud, el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir en derecho las controversias surgidas entre las Sociedades **CANO JIMÉNEZ ESTUDIOS S.A., CASTRO TCHERASSI S.A., CIVILIA S.A., OFINSA INVERSIONES S.A.S, EQUIPO UNIVERSAL S.A., G4S SECURE SOLUTIONS COLOMBIA S.A -G4S- y MINCIVIL S.A.**, todas ellas integrantes de la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL NORTE DE BOGOTÁ - DEVINORTE-**, por una parte y, por la otra, la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI-**, por razón del Contrato de Concesión No. 0664 del 24 de noviembre de 1994, teniendo en cuenta el Acuerdo Conciliatorio parcial al que arribaron las Partes y oído el concepto emitido por el señor Agente del Ministerio Público, previa verificación del cumplimiento de los requisitos de ley para el efecto, así como sobre el desistimiento de algunas pretensiones tanto de la reforma de la demanda arbitral como de la demanda de reconvención recíprocamente coadyuvadas por las Partes Convocante y Convocada resultante del citado Acuerdo, resolvió:



(...)

“**TERCERO:** Aprobar el Acuerdo Conciliatorio que han presentado las partes en forma conjunta, debidamente suscrito por los representantes debidamente facultados de las Sociedades **CANO JIMÉNEZ ESTUDIOS S.A., CASTRO TCHERASSI S.A., CIVILIA S.A., OFINSA INVERSIONES S.A.S, EQUIPO UNIVERSAL S.A., G4S SECURE SOLUTIONS COLOMBIA S.A -G4S- y MINCIVIL S.A.,** todas ellas integrantes de la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL NORTE DE BOGOTÁ -DEVINORTE-**, como parte convocante y reconvenida, coadyuvado por la citada **UNIÓN TEMPORAL**, y de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCURA -ANI-**, como parte convocada y convocante en reconvencción.

“**CUARTO:** Como consecuencia de lo anterior, declarar que la conciliación así aprobada produce efectos de cosa juzgada en última instancia en los términos contenidos en el documento suscrito por las partes el 30 de octubre de 2015.

“**QUINTO:** Aprobar los desistimientos y renunciaciones hechos tanto por la Parte Convocante y reconvenida como por la Parte Convocada y Convocante en Reconvencción consignadas en el Acuerdo Conciliatorio, solicitudes que fueron coadyuvadas íntegra y recíprocamente por los apoderados de las partes.

“**SEXTO:** Ordenar que por Secretaría se le haga entrega a cada una de las partes de copia auténtica del Acta de esta Audiencia con la constancia de que se trata de la Primera Copia con mérito ejecutivo, de conformidad con el parágrafo 1° del artículo 1° de la Ley 640 de 2001.”

Mediante Laudo proferido el 6 de octubre de 2016, el Tribunal Arbitral convocado para dirimir en derecho las controversias surgidas entre las Sociedades **CANO JIMÉNEZ ESTUDIOS S.A., CASTRO TCHERASSI S.A., CIVILIA S.A., OFINSA INVERSIONES S.A.S, EQUIPO UNIVERSAL S.A., G4S SECURE SOLUTIONS COLOMBIA S.A -G4S- y MINCIVIL S.A.,** todas ellas integrantes de la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL NORTE DE BOGOTÁ -DEVINORTE-**, por una parte y, por la otra, la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCURA -ANI-**, por razón del Contrato de Concesión No. 0664 del 24 de noviembre de 1994, resolvió el resto de las controversias sometidas a su consideración y que no habían sido conciliadas.

## **D. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA ARBITRAL EN ESTE PROCESO ARBITRAL**

Procede el Tribunal a analizar las pretensiones de la demanda arbitral, advirtiendo que durante el trámite, el señor apoderado de las sociedades integrantes de la Unión Temporal Devinorte radicó memorial el 10 de septiembre de 2018, en el cual expresamente desistió de la Pretensión Declarativa IV.1.2. y de la Pretensión de Condena IV.2.1., lo que, por ser procedente, fue aceptado por Auto de la misma fecha.<sup>197</sup>

### **1. Análisis de la Pretensión Declarativa IV.1.1.**

“**IV.1.1-** Se declare que el Concesionario no tiene obligación de colocar una carpeta asfáltica de refuerzo de cinco centímetros (5.0 cm) de espesor a todo lo largo de la vía concesionada, como lo pretende la Entidad Concedente invocando un aparte del texto contenido en el numeral 9.2 -Programa para el Mantenimiento de la Vía-, del Volumen VI

---

<sup>197</sup> Acta No. 13, Folios 74 a 96, Cuaderno Principal No. 1

Tomo I de la oferta presenta por los partícipes de la prometida la Unión Temporal DEVINORTE en desarrollo de la Licitación Pública No. 005 de 1994.”

### 1.1. Los hechos que a juicio de la Parte Convocante sirven de causa o fundamento de esta Pretensión

A juicio de la Parte Convocante, los siguientes hechos sirvieron de causa a esta pretensión declarativa:

“3.- La oferta presentada por los partícipes futura Unión Temporal se conformó en VII Volúmenes dentro del cual se ubica el Volumen VI, Tomo I.

“4.- El Volumen VI, Tomo I contiene, en uno de los documentos que lo componen, el numeral 9.2 que a la letra dispone:

*(...) 9.2 PROGRAMA PARA EL MANTENIMIENTO DE LA VÍA*

*‘Se han clasificado dos tipos de mantenimiento así:*

*‘Rutinario*

*‘Se refiere a las labores de rocería, limpieza de obra de drenaje, limpieza de descoles e incoles, limpieza de señales, y reposición de taches reflectivos, etc.*

*‘Periódico*

*‘Incluye trabajos de parcheo, colocación de sobrecarpetas, revaluación de la señalización horizontal, reconformación de taludes, suministro e instalación de delineadores de ruta, señales verticales, poste de referencia, reparación de obras de arte.*

*‘Durante la etapa de diseños definitivos **cuantificaremos** el alcance de cada uno de los trabajos requeridos, de acuerdo con la siguiente metodología:*

*‘Mantenimiento rutinario*

*‘Como primera etapa se hará una inventario físico detallado a lo largo de la vía, identificando y cuantificando las labores a realizar, los cuales llevaremos a cabo tan pronto se haya iniciado la etapa de operación.*

*MANTENIMIENTO PERIODICO*

*‘Se distinguen tres frentes básicos de trabajo como son:*

- ‘1. Estructura de pavimento*
- ‘2. Señalización y seguridad vial*
- ‘3. Mantenimiento de obra de drenaje y de andenes*

*‘1. Estructura de Pavimento [Sic]*

*‘Para la cuantificación de los trabajos necesarios se requiere la correcta y detallada identificación y evaluación periódica del pavimento existente, el cual consiste en medir las características superficiales y sus deflexiones (Viga Benkelman) para determinar su valor estructural residual.*

*‘Dentro de las características superficiales se incluirá información acerca de baches, drenaje, condiciones ambientales y principalmente el tipo y cantidad de fisuración. Los daños superficiales se podrán clasificar en deformaciones, fisuraciones, agrietamientos, desprendimientos y afloramientos.*

*‘Con base en los parámetros ya mencionados **identificaremos** las zonas y/o sitios, cuyo mantenimiento y/o reparación sea de tipo puntual o de refuerzo continuo.*

*‘Las principales técnicas de reparación puntual **podrían ser:***

- ‘Parcheo*
- ‘Sellado de Grietas*

En los años 7 y 8, y 13 y 14 se tiene previsto colocar una carpeta asfáltica de refuerzo de 5.0 cms de espesor a todo lo largo de la vía.

La verificación del espesor del refuerzo se **definirá** con base en el método Shell, que considera el análisis elástico esfuerzo - deformación de las diferentes capas de la estructura existente. El tipo de refuerzo será en principio concreto asfáltico de sello o de rodadura, aunque la evaluación detallada durante la etapa de operación y mantenimiento **concluirá en el más conveniente y ECONÓMICO.**

## 2. Señalización y Seguridad Vial

*‘Con base en un inventario físico periódico de todas las señales verticales, demarcaciones, defensas metálicas y de los puentes peatonales; indicando su estado y funcionalidad; se definirá el mantenimiento y/o revaluación del sistema en general requerido.*

## 3. Reconstrucción de obras de drenaje

*‘Un inventario físico detallado a lo largo de toda la vía determinarán los sitios donde se presenten fallas en las obras, a los cuales se les realizarán diseños de Ingeniería correctivo y/o preventivo. (...)’ [Destacado fuera de texto original]*

(...)

“10.- El Contrato de Concesión 0664 dice relación a una concesión de las llamadas de **‘primera generación’**, cuya característica más saliente, entre otras, es la que la entidad convocante entrega a los convocados un Anteproyecto Fase I, acompañado de unas memorias descriptivas y cantidades de obra desagregadas por ítem; correspondiendo a quien presentó la oferta finalmente elegida entregar a la entidad Concedente, en el término pactado, los informes y planos que incorporen los diseños definitivos del proyecto a rehabilitar, construir, operar y mantener.

“11.- En consonancia con lo acabado de expresar el numeral 9.2 del Volumen VI, Tomo I de la Oferta presentada en el decurso de la Licitación Pública 005 de 1994, transcrito bajo el hecho 4 anterior, plantea actividades hipotéticas que serían objeto de concreción una vez los Estudios y Diseños definitivos se hubiesen presentado y adoptado.

“12.- En cumplimiento de la obligación de realizar los estudios y elaborar el diseño definitivo de la obra, los integrantes de la Unión Temporal Devinorte presentaron al Instituto Nacional de Vías, como culminación de la etapa de diseño y programación, el diseño definitivo; el cual fue aprobado por dicha institución mediante ‘ACTA DE INICIACION DE LAS OBRAS DE CONSTRUCCIÓN NUEVA PREVISTAS DENTRO DE LA ETAPA DE CONSTRUCCIÓN ESTABLECIDA EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 664-94 SUSCRITO ENTRE EL INSTITUTO NACIONAL DE VIAS Y LA UNIÓN TEMPORAL DEVINORTE’ el día 02 de septiembre de 1996. Es preciso añadir que la aprobación impartida por el INVIAS contó con la previa de la firma que fungió como interventora del contrato: LA VIALIDAD LIMITADA.

(...)

“14.- Las vías que integran el corredor concesionado, durante toda la Etapa de Operación, han exhibido un Índice de Estado superior al 4.0 fijado en el Parágrafo Primero de la Cláusula Vigésima Quinta el Contrato de Concesión 0664 de 1994. De hecho la última medición adelantada por el Consorcio ICITY el pasado mes de Enero de 2017 arrojó como resultado un Índice de Estado de 4.72

“17.- ... la Agencia Nacional de Infraestructura ANI luego de surtidos los tramites propios de instalación del Tribunal ... interpuso en contra de todos los demandantes, esto es, las sociedades integrantes de la Unión Temporal para el Desarrollo del Norte de Bogotá – Devinorte y contra la Unión Temporal misma una demanda de reconvención...

“18.- Dentro de las pretensiones exhibidas por la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, en la precitada demanda de reconvención, se incluyeron las numeradas 4.1.13, 4.1.13.1 y 4.1.13.2 que a la letra dicen:

(...) 4.1.13 PRETENSIONES RELATIVAS AL PROGRAMA DE MANTENIMIENTO

4.1.13.1 PRETENSIONES DECLARATIVAS

PRIMERA.- *Que se declare que el Pliego de Condiciones del Contrato de Concesión 664 de 1994 estableció la obligación de realizar un programa de mantenimiento en el que se especificara semestralmente las tareas de mantenimiento rutinario y preventivo.*

SEGUNDA.- *Que se declare que en el modelo financiero se establecieron mantenimientos periódicos, uno entre los años 2004 a 2005 y otro entre el año 2009 y 2010.*

TERCERA.- *Que se declare que no se efectuó el gasto o inversión correspondiente al mantenimiento periódico de los años 2004 - 2005, contrariando el contrato, y obteniendo un beneficio determinado por el costo de oportunidad que representa el hecho de no haber realizado la inversión y gasto requeridos para el mantenimiento en el momento contractualmente exigible.*

4.1.13.2 PRETENSIONES CONDENATORIAS

PRIMERA.- *Que como consecuencia de la anterior declaratoria, se ORDENE al Concesionario Devinorte pagar a la Agencia la suma de QUINCE MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS M/C (\$15.485.500.000) de 2011 o lo que resulte probado, debidamente indexado o actualizado hasta la fecha de pago, bajo los términos y condiciones previstas en el Contrato y la Ley (...)*

“19.- En frente de las pretensiones formuladas por la Agencia Nacional de Infraestructura las sociedades integrantes de la Unión Temporal para el Desarrollo del Norte de Bogotá – Devinorte se opusieron en los siguientes términos:

(...) **4.1.13. PRETENSIONES RELATIVAS AL PROGRAMA DE MANTENIMIENTO.**

*‘Al desarrollar las pretensiones declarativas, en primer lugar, la convocada confunde entre la obligación semestral de programar las tareas de mantenimiento rutinario y periódico y la consistente en ejecutarlas. De otro lado, también pretermite el contenido del Pliego en lo que dice relación al llamado mantenimiento periódico, el cual señala, sin atisbo de duda, que éste como el rutinario se han de orientar a lograr el Nivel de Servicio o también llamado Índice de Estado en magnitud de 4.0; sin más propósito. Por manera que lo que importa es que una y otra actividad (rutinaria y periódica) como obligaciones de medio, logren el resultado que como obligación final y de resultado se persigue. Como quedará probado esta obligación de fin ha sido permanente y consistentemente cumplida por el Concesionario y los mantenimientos periódicos a que han sido sometidas las vías han sido los idóneos y suficientes para lograr el cumplimiento del imperioso resultado. De hecho, como también quedará establecido, las modificaciones iniciales a la estructura de la vía, al igual que las intervenciones posteriores significaron para la entidad concesionaria una inversión muy superior a la proyectada en el modelo inicial. (...)’*  
[Negrillas fuera de texto original]

“20.- En el decurso del proceso arbitral las Partes con el objeto de ponerle fin a algunas de las controversias planteadas tanto por los Convocantes como por la Convocada decidieron suscribir el día 30 de octubre de 2015 un Acuerdo Conciliatorio mediante el cual se convino lo siguiente:

(...) **CLÁUSULA PRIMERA:** Pretensiones Desistidas.

*‘En los términos del inciso 3 del artículo 312 del Código General del Proceso, las partes acuerdan desistir de las siguientes pretensiones contenidas en la reforma de la demanda arbitral sustitutiva y su reforma, así como en la demanda de reconvención, sin que ello genere condena en costas ni perjuicios (...)’*

“21.- En relación con las pretensiones de la Agencia relativas al PROGRAMA DE MANTENIMIENTO (4.1.13, 4.1.13.1 y 4.1.13.2) el acuerdo conciliatorio señaló:

*(...) De la demanda de reconvención, versión sustitutiva, y su reforma.*

*Por su parte, la Agencia Nacional de Infraestructura, desiste de las siguientes pretensiones expresadas en su demanda de reconvención:*

*(...)*

#### 4.1.13 PRETENSIONES RELATIVAS AL PROGRAMA DE MANTENIMIENTO

##### 4.1.13.1 PRETENSIONES DECLARATIVAS

**PRIMERA.- Que se declare que el Pliego de Condiciones del Contrato de Concesión 664 de 1994 estableció la obligación de realizar un programa de mantenimiento en el que se especificara semestralmente las tareas de mantenimiento rutinario y preventivo.**

**SEGUNDA.- Que se declare que en el modelo financiero se establecieron mantenimientos periódicos, uno entre los años 2004 a 2005 y otro entre el año 2009 y 2010.**

**TERCERA.- Que se declare que no se efectuó el gasto o inversión correspondiente al mantenimiento periódico de los años 2004 - 2005, contrariando el contrato, y obteniendo un beneficio determinado por el costo de oportunidad que representa el hecho de no haber realizado la inversión y gasto requeridos para el mantenimiento en el momento contractualmente exigible.**

##### 4.1.13.2 PRETENSIONES CONDENATORIAS

**PRIMERA.- Que como consecuencia de la anterior declaratoria, se ORDENE al Concesionario Devinorte pagar a la Agencia la suma de QUINCE MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS M/C (\$15.485.500.000) de 2011 o lo que resulte probado, debidamente indexado o actualizado hasta la fecha de pago, bajo los términos y condiciones previstas en el Contrato y la Ley**

#### FUNDAMENTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS DEL DESISTIMIENTO DE ESTA PRETENSIÓN POR PARTE DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

**Aspectos fácticos: En el decurso del proceso de negociación del presente Acuerdo Conciliatorio, las Partes llegaron a la conclusión **que el programa de mantenimiento periódico tiene como único y exclusivo propósito el de mantener la vía de manera que por sus condiciones constructivas y de estado logre exhibir el Índice de Estado exigido por el contrato.****

**También constataron las Partes, principalmente la Convocada, que durante todo el período de vigencia del Contrato en su Etapa de Operación, las vías han exhibido un Índice de Estado superior a la calificación de 4.0 exigida por los pliegos y el Contrato.**

**Aspectos jurídicos: Siendo entonces la obtención del Índice de Estado una obligación de resultado, es claro que el medio para obtenerlo solo es exigible en la medida que su ejecución sea un requisito 'sine qua non' para lograr el fin perseguido; por manera que obtenido éste, resulta inexigible por inconducente el medio estipulado para lograr el propósito final.**

**Pruebas: Informe de ICITY relativo al Índice de Estado durante la vigencia del contrato de Concesión 0664 de 1994. Este informe comprueba que durante todo el tiempo de duración del Contrato de Concesión, el Índice de Estado exigido a los Partícipes de la Unión Temporal ha sido cumplido (...)<sup>198</sup> [Destacado y negrillas fuera de texto original]**

---

<sup>198</sup> Nota de pie de página de la demanda arbitral: “<sup>1</sup> Acuerdo Conciliatorio celebrado el día 30 de octubre de 2015 entre la Agencia Nacional de Infraestructura ANI y la Unión Temporal DEVINORTE. Páginas 42 y 43.”

“22.- El mencionado Acuerdo Conciliatorio suscrito entre la Agencia y la Unión Temporal DEVINORTE fue puesto a consideración del Panel Arbitral, el cual, mediante auto de fecha 24 de noviembre de 2015, resolvió lo siguiente:

*‘(...) **PRIMERO:** Incorporar al Expediente el Acuerdo Conciliatorio que fue suscrito el treinta (30) de octubre de dos mil quince (2015) y presentado el seis (6) de noviembre siguiente, por los representantes debidamente facultados de las Sociedades **CANO JIMÉNEZ ESTUDIOS S.A., CASTRO TCHERASSI S.A., CIVILIA S.A., OFINSA INVERSIONES S.A.S, EQUIPO UNIVERSAL S.A., G4S SECURE SOLUTIONS COLOMBIA S.A –G4S- y MINCIVIL S.A.,** todas ellas integrantes de la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL NORTE DE BOGOTÁ –DEVINORTE-**, como parte convocante y reconvenida, coadyuvado por la citada **UNIÓN TEMPORAL**, y de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCURA –ANI-**, como parte convocada y convocante en reconvención, junto con sus correspondientes anexos. Incorporar igualmente el Concepto emitido el veintitrés (23) de noviembre de dos mil quince (2015) por el Ministerio Público respecto del referido Acuerdo Conciliatorio.*

*‘**SEGUNDO.** Tener como pruebas, con el valor legal que corresponda, los documentos que soportan el Acuerdo Conciliatorio presentado por las partes a que se ha hecho referencia en el numeral anterior.*

*‘**TERCERO:** Aprobar el Acuerdo Conciliatorio que han presentado las partes en forma conjunta, debidamente suscrito por los representantes debidamente facultados de las Sociedades **CANO JIMÉNEZ ESTUDIOS S.A., CASTRO TCHERASSI S.A., CIVILIA S.A., OFINSA INVERSIONES S.A.S, EQUIPO UNIVERSAL S.A., G4S SECURE SOLUTIONS COLOMBIA S.A –G4S- y MINCIVIL S.A.,** todas ellas integrantes de la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL NORTE DE BOGOTÁ –DEVINORTE-**, como parte convocante y reconvenida, coadyuvado por la citada **UNIÓN TEMPORAL**, y de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCURA –ANI-**, como parte convocada y convocante en reconvención.*

*‘**CUARTO:** Como consecuencia de lo anterior, declarar que la conciliación así aprobada produce efectos de cosa juzgada en última instancia en los términos contenidos en el documento suscrito por las partes el 30 de octubre de 2015.*

*‘**QUINTO:** Aprobar los desistimientos y renunciaciones hechos tanto por la Parte Convocante y reconvenida como por la Parte Convocada y Convocante en Reconvención consignadas en el Acuerdo Conciliatorio, solicitudes que fueron coadyuvadas íntegra y recíprocamente por los apoderados de las partes.*

*‘**SEXTO:** Ordenar que por Secretaría se le haga entrega a cada una de las partes de copia auténtica del Acta de esta Audiencia con la constancia de que se trata de la Primera Copia con mérito ejecutivo, de conformidad con el parágrafo 1° del artículo 1° de la Ley 640 de 2001.’ [Destacado fuera de texto original]*

“23.- Las pretensiones (declarativas y de condena) relativas al Programa de Mantenimiento fueron eliminadas en un todo, como resultas de lo ordenado por el Panel Arbitral luego de signado y aprobado el Acuerdo Conciliatorio en el texto de la demanda de reconvenición mutilada; al igual que los hechos constitutivos de la causa petendi con ellas relacionados y las pertinentes excepciones, contradicciones y defensas expuestas a lo largo del proceso.

“24.- Que al interior del Tribunal de Arbitramento se presentó un dictamen pericial que contemplaba los valores de las inversiones en mantenimiento sin discriminar lo atinente a mantenimiento periódico o rutinario. Razón por la cual el Panel Arbitral oficiosamente ordenó la complementación del dictamen.

“25.- Como consecuencia de lo anterior, contrario a lo inicialmente dictaminado los peritos técnico, contable y financiero unívocamente concluyeron que las inversiones efectuadas por el Concesionario en los rubros de mantenimiento rutinario y periódico fueron sobrepasados con creces a los contemplados en el modelo financiero.

“26.- El día 6 de octubre de 2016 el Tribunal de Arbitramento profirió el Laudo, en derecho, que puso fin al proceso Arbitral surtido entre los integrantes de la Unión Temporal DEVINORTE y la Agencia Nacional de Infraestructura.

“27.- En el Capítulo 4 ‘TRÁMITE DEL PROCESO ARBITRAL’ numeral 4.26 ‘APROBACIÓN DEL ACUERDO CONCILIATORIO PARCIAL’ del mencionado Laudo, se recogió todo lo sucedido en frente de la presentación y aprobación del Acuerdo Conciliatorio celebrado por las partes el 30 de octubre de 2015.<sup>199</sup> Se hace notar además que el Ministerio Público (Procuraduría General de la Nación) rindió su vista favorable, sin glosa alguna, al acuerdo conciliatorio celebrado entre las Partes.

“28.- Resueltas como fueron las controversias puestas a consideración del Panel Arbitral mediante Laudo de fecha 6 de octubre de 2016, quedó aclarado y establecido que el plazo del Contrato de Concesión No. 0664 de 1994 se extendería hasta el día 30 de noviembre de 2017 fecha en la cual tendrá lugar la reversión del Proyecto a la Nación; obviamente sin perjuicio de eventuales prórrogas del plazo que pudieran suceder por la presentación de hechos nuevos que implicasen el rompimiento de la ecuación contractual y la consecuente aplicación del mecanismo de compensación consistente en la extensión del plazo de duración del contrato a la luz de lo dispuesto en la Cláusula Trigésima Sexta del mismo.

“29.- De conformidad con la Cláusula Trigésima Quinta del Contrato de Concesión 0664 de 1994 la liquidación del mismo se llevará a cabo dentro de los tres (3) meses siguientes a la finalización del plazo del Contrato o a la expedición del Acto Administrativo que ordene la terminación o a la fecha del Acuerdo que así lo disponga.

“30.- El día 13 de julio de 2017 la Interventoría del Proyecto Consorcio ICITY mediante comunicación ICITY-0196-17 solicitó al Concesionario DEVINORTE lo que sigue:

*‘(...) le solicitamos que dentro del término de quince (15) días calendario contados a partir del recibo de la presente comunicación, remita a esta Interventoría con copia a la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI, los estudios técnicos deflectometría - el análisis de pavimento con base en el método Shell, según lo establecido en la propuesta del Concesionario numeral 9.2. PROGRAMA PARA EL MANTENIMIENTO DE LA VÍA; al igual que el cronograma de colocación de la SOBRECARPETA en los tramos correspondientes al Alcance Básico del Contrato, el cual en todo caso no podrá superar el 30 de noviembre de 2017 lo anterior teniendo en cuenta lo siguiente:*

*‘De conformidad con lo establecido en la cláusula segunda del Contrato de Concesión No. 0664 de 1994, hace parte del mismo la propuesta presentada por el Concesionario Unión Temporal Desarrollo Vial del Norte de Bogotá - DEVINORTE, constituyendo en una de las obligaciones de la Unión Temporal el cumplimiento del plan de inversiones y de la totalidad de los ofrecimientos establecidos en dicha propuesta; resaltándose que de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico, los ofrecimientos realizados por el entonces proponente, fueron objeto de evaluación y por tanto determinantes para la adjudicación del Contrato de Concesión por considerarse la mejor oferta para el Instituto Nacional de Vías - INVÍAS.*

*‘Que dentro de los requerimientos del proceso de selección Licitación Pública No. 005 de 1994, se encontraba el correspondiente a la propuesta de operación del proyecto, el cual incluía lo correspondiente al mantenimiento y administración de la Concesión, **en particular con el ofrecimiento correspondiente a los métodos constructivos para llevar a cabo el mantenimiento de la obra incluyendo las actividades a ser desarrolladas para el mantenimiento.***

*‘En consecuencia al interior de la propuesta presentada por el hoy contratista, se estableció en el numeral 9.2. PROGRAMA PARA EL MANTENIMIENTO DE LA OBRA, el ofrecimiento expreso de colocar una carpeta asfáltica de refuerzo de 5.0 cms de espesor a todo lo largo de la vía. **Constituyéndose en una obligación clara, expresa y exigible a la Concesionaria, la cual no se encuentra sujeta a ninguna condición de orden técnico o contractual.***

---

<sup>199</sup> Nota de pie de página de la demanda arbitral: “2 Laudo Arbitral proferido el día 6 de octubre de 2016. Tribunal de Arbitramento convocado por los integrantes de la Unión Temporal DEVINORTE contra la Agencia Nacional de Infraestructura. Páginas 10 a 28”

*‘Que como consecuencia de lo anterior, esta Interventoría, a través de las comunicaciones ICITY-0013-13 del 28 de febrero de 2013, ICITY-0099-13 del 09 de abril de 2013, ICITY- 0106-13 del 12 de abril de 2013, ICITY-0289-13 del 28 de octubre de 2013, ICITY-0018-14 del 24 de enero de 2014, ICITY-0052-14 del 18 de febrero de 2014, ha realizado la solicitud de presentación de los estudios técnicos que permitan establecer el alcance de los trabajos de mantenimiento periódico en la meta física del contrato de concesión, efectuándoles el apremio correspondiente para recibir el análisis e información solicitada.*

*‘Al respecto y de acuerdo con los antecedentes contractuales, se encuentra que el estudio del refuerzo de la estructura de pavimento existente, realizado por la firma BATEMAN INGENIERIA LTDA en el año 2006, fue la base del mantenimiento que realizó el concesionario, que corresponde al primer mantenimiento de los siguientes tramos:*

TRAMO	INICIO	FIN
Centro Chía – JR	Marzo de 2007	Junio de 2007
Variante Teletón	Junio de 2007	Julio de 2007
Buda - La Caro	Septiembre de 2007	Noviembre de 2007
Carrera 7	Febrero de 2008	Marzo de 2008
La Caro - Briceño (Occidental)	Marzo de 2008	Junio de 2008
JR - Salida a Tabio	Junio de 2008	Junio de 2008
La Caro - Briceño (Oriental)	Agosto de 2008	Noviembre de 2008

*‘En abril de 2013, se solicitó al Concesionario el diseño del refuerzo de la estructura de pavimento, con la cual, se debía efectuar el segundo mantenimiento del tramo I y la capa del tramo II, a lo cual respondió el concesionario con oficio DVNB- 1604-14 del 21 de julio de 2014 en el que remite la información de la deflectometría realizada por la firma BATEMAN INGENIERIA LTDA y con oficio DVNB-1993-14 ‘se concluye que con base en las deflexiones del pavimento no se requiere la colocación de la capa de refuerzo en el momento’*

*‘A la fecha y transcurridos diez (10) años desde el primer mantenimiento realizado, es evidente que se debe dar cumplimiento a la propuesta presentada por parte de la Unión Temporal, máxime si se tiene en consideración que una vez terminada la etapa de operación y finalizado el contrato, el Concesionario debe otorgar el amparo de Estabilidad de las obras con una vigencia de dos (2) años contados a partir de la liquidación del Contrato; amparo que de acuerdo con las estipulaciones y normas contractuales vigentes, ampara entre otras condiciones, la estabilidad de la estructura de pavimento.*

*‘Que de conformidad con lo anterior como se indicó en el inicio del presente documento, se le requiere para que dentro del término perentorio de quince días calendario contados a partir del recibo de la presente comunicación, remita a esta Interventoría con copia a la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI, los estudios técnicos deflectometría - el análisis de pavimento con base en el método Shell, según lo establecido en la propuesta del Concesionario numeral 9.2. PROGRAMA PARA EL MANTENIMIENTO DE LA VÍA; al igual que el cronograma de colocación de la SOBRECARPETA en los tramos correspondientes al Alcance Básico del Contrato, el cual, en todo caso no podrá superar el 30 de noviembre de 2017.*

*‘Al respecto y a manera de conclusión, se reitera que la colocación de la sobrecarpeta corresponde a una obligación contractual y por lo tanto, de no darse cumplimiento al requerimiento establecido por medio de la presente comunicación, en cumplimiento a nuestras obligaciones, se remitirán los antecedentes contractuales a la Agencia Nacional de Infraestructura con el objeto de determinar la posibilidad de impulsar un proceso conminatorio en contra de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Norte - DEVINORTE. (...)’ [Subrayas y negrillas fuera de texto original]*

**“31.-** El día 4 de Agosto de 2017, la Unión Temporal DEVINORTE mediante comunicación No. DVNB-1720-17 dio respuesta a la solicitud elevada por la Interventoría del Proyecto en los siguientes términos:

*‘(...) En atención a lo solicitado por parte de la Interventoría en la comunicación citada en el asunto, específicamente, lo relacionado con la remisión del ‘cronograma de colocación de la SOBRECARPETA EN LOS TRAMOS CORRESPONDIENTES AL Alcance Básico del Contrato...’ me permito señalar, desde este momento, que la obligación de adelantar un Mantenimiento Periódico sobre el corredor concesionado resulta inexistente a la luz de lo acordado entre la Agencia Nacional de Infraestructura y el Concesionario Unión Temporal DEVINORTE al interior del Tribunal de Arbitramento surtido entre ambos.*



*Lo anterior, se sustenta en las siguientes consideraciones:*

*‘1. Que el día 26 de septiembre de 2013 fue instalado el Tribunal de Arbitramento convocado por los integrantes de la Unión Temporal DEVINORTE contra la Agencia Nacional de Infraestructura-ANI*

*‘2. Que como consecuencia de lo anterior la Agencia Nacional de Infraestructura-ANI presentó una demanda de reconvención contra los demandantes en la cual elevó, entre otras, las siguientes pretensiones:*

*(...) PRETENSIONES RELATIVAS AL PROGRAMA DE MANTENIMIENTO*

*PRIMERA.- Que se declare que el Pliego de Condiciones del Contrato de Concesión 664 de 1994 estableció la obligación de realizar un programa de mantenimiento en el que se especificara semestralmente las tareas de mantenimiento rutinario y preventivo.*

*‘SEGUNDA.- Que se declare que en el modelo financiero se establecieron mantenimientos periódicos, uno entre los años 2004 a 2005 y otro entre el año 2009 y 2010.*

*‘TERCERA.- Que se declare que no se efectuó el gasto o inversión correspondiente al mantenimiento periódico de los años 2004 - 2005, contrariando el contrato, y obteniendo un beneficio determinado por el costo de oportunidad que representa el hecho de no haber realizado la inversión y gasto requeridos para el mantenimiento en el momento contractualmente exigible. (...)’*

*‘3. Que posteriormente, el día 30 de octubre de 2015 entre la Agencia Nacional de Infraestructura y la Unión Temporal DEVINORTE se celebró un Acuerdo Conciliatorio en el marco del Tribunal de Arbitramento convocado, mediante el cual se convino lo siguiente:*

*‘(...) CLÁUSULA PRIMERA: Pretensiones Desistidas.*

*‘En los términos del inciso 3 del artículo 312 del Código General del Proceso, las partes acuerdan desistir de las siguientes pretensiones contenidas en la reforma de la demanda arbitral sustitutiva y su reforma, así como en la demanda de reconvención, sin que ello genere condena en costas ni perjuicios (...)’*

*‘4. Que en relación con el desistimiento de las PRETENSIONES RELATIVAS AL PROGRAMA DE MANTENIMIENTO las Partes, esto es, Agencia y Concesionario, señalaron lo siguiente:*

*‘(...) Aspectos fácticos: En el decurso del proceso de negociación del presente Acuerdo Conciliatorio, las Partes llegaron a la conclusión que el programa de mantenimiento periódico tiene como único y exclusivo propósito el de mantener la vía de manera que por sus condiciones constructivas y de estado logre exhibir el Índice de Estado exigido por el contrato.*

*‘También constataron las Partes, principalmente la Convocada, que durante todo el período de vigencia del Contrato en su Etapa de Operación, las vías han exhibido un Índice de Estado superior a la calificación de 4.0 exigida por los pliegos y el Contrato.*

*‘Aspectos jurídicos: Siendo entonces la obtención del Índice de Estado una obligación de resultado, es claro que el medio para obtenerlo solo es exigible en la medida que su ejecución sea un requisito ‘sine qua non’ para lograr el fin perseguido; por manera que obtenido éste, resulta inexigible por inconducente el medio estipulado para lograr el propósito final.*

*Pruebas: Informe de ICITY relativo al Índice de Estado durante la vigencia del contrato de Concesión 0664 de 1994. Este informe comprueba que durante todo el tiempo de duración del Contrato de Concesión, el Índice de Estado exigido a los Partícipes de la Unión Temporal ha sido cumplido (...)’*  
*[Subrayas fuera del texto original]*

*‘5. Que el Acuerdo Conciliatorio suscrito entre la Agencia y la Unión Temporal DEVINORTE fue puesto a consideración del Panel Arbitral, el cual, mediante auto de fecha 24 de noviembre de 2015 resolvió aprobarlo e incorporarlo al expediente. Además de lo anterior, se declaró que la conciliación aprobada tiene efectos de cosa*

*juzgada en última instancia en los términos contenidos en el documento suscrito por las partes el 30 de octubre de 2015.*

*‘6. Todo lo sucedido en frente de la presentación y aprobación del Acuerdo Conciliatorio suscrito por la Agencia y la Unión Temporal fue recogido en el Capítulo 4 ‘TRÁMITE DEL PROCESO ARBITRAL’ numeral 4.26 ‘APROBACIÓN DEL ACUERDO CONCILIATORIO PARCIAL’ del Laudo Arbitral de fecha 6 de octubre de 2016.*

*‘De esta manera las cosas, teniendo claro lo convenido y aprobado entre la Agencia y la Unión Temporal DEVINORTE es dable afirmar que la obligación consistente en adelantar el Mantenimiento Periódico requerido por la Interventoría resulta abiertamente contrario a lo establecido por las Partes en el Acuerdo Conciliatorio de 30 de octubre de 2015, puesto que, como anteriormente se señaló, las pretensiones de la Agencia Nacional de Infraestructura relativas al programa de Mantenimiento fueron sometidas a Arbitraje y posteriormente fueron conciliadas y eliminadas en el sentido de suprimirse el cumplimiento de la obligación mientras que el Índice de Estado establecido en el contrato 0664 de 1994 exhibiera las condiciones exigidas en el mismo, es decir, una calificación mínima de 4.0 puntos.*

*‘Entonces, dado que la última medición del Índice de Estado realizada por la Interventoría Consorcio ICITY arrojó como resultado una calificación de 4.72, superior a la contemplada en el Contrato 0664 de 1994 y sus anexos, se insiste en afirmar que la obligación de adelantar un Mantenimiento Periódico como lo pretende hacer valer la Interventoría a la Unión Temporal DEVINORTE es a todas voces inexigible puesto que contraría en un todo lo acordado, plasmado y tranzado por las Partes en el Acuerdo Conciliatorio que, como a continuación reiteramos, señala lo siguiente:*

*‘(...) las Partes llegaron a la conclusión que el programa de mantenimiento periódico tiene como único y exclusivo propósito el de mantener la vía de manera que por sus condiciones constructivas y de estado logre exhibir el Índice de Estado exigido por el contrato.*

*(...)*

*‘Siendo entonces la obtención del Índice de Estado una obligación de resultado, es claro que el medio para obtenerlo solo es exigible en la medida que su ejecución sea un requisito ‘sine qua non’ para lograr el fin perseguido; por manera que obtenido éste, resulta inexigible por inconducente el medio estipulado para lograr el propósito final. (Subrayas y negrillas fuera de texto original)*

*‘Como corolario de todo lo anterior, debe decirse que las obligaciones relacionadas con el Programa de Mantenimiento, específicamente, la de adelantar el Mantenimiento Periódico de la vía, fue extinguida de acuerdo con las condiciones y formas contempladas por la convención destacada anteriormente. Lo dicho, de conformidad con el artículo 2469 del Código Civil. (...)’*

**“32.-** Posteriormente, el día 31 de agosto de 2017 fue radicada en las oficinas de la Unión Temporal DEVINORTE la comunicación No. ICITY-0232-17 por medio de la cual la Interventoría atiende lo manifestado por el Concesionario en el oficio de que trata el hecho anterior, según se muestra a continuación:

*‘(...) A través del oficio del asunto, se da respuesta a la petición elevada por parte de la Interventoría en la cual se realizó el requerimiento de los estudios que permitan determinar la necesidad de realizar la instalación de la sobrecarpeta ofertada por el Concesionario en el numeral 9.2 de la propuesta que dio origen al Contrato de Concesión No. 664 de 1994, indicándose lo siguiente:*

*(...)*

***‘Como primera medida y de manera enfática la interventoría manifiesta que no pretende revivir o impulsar requerimientos que se encuentran conciliados por la Agencia Nacional de Infraestructura y la Unión Temporal DEVINORTE, los cuales de conformidad con el ordenamiento jurídico colombiano se encuentran amparados por los principios constitucionales de los que se desprende el respeto por la cosa juzgada.***

*No obstante, en concepto de la interventoría no le asiste la razón al Concesionario en su interpretación, según la cual la obligación del mantenimiento periódico y en particular el cumplimiento de la obligación derivada del numeral 9.2 de su oferta fue extinguida en virtud del acuerdo conciliatorio surtido al interior del Tribunal de Arbitramento entre las partes contractuales de fecha 30 de octubre de 2015.*

*‘Al respecto se recuerda que en el Acuerdo Conciliatorio Parcial, se consolidaron los acuerdos relacionados con algunas de las pretensiones contenidas tanto en la demanda arbitral sustituida y luego reformada, como en la demanda de reconvención, así como en sus respectivas contestaciones, oposiciones y excepciones propuestas, en los términos del inciso 3 del artículo 314 del Código General del Proceso, por considerarse ‘todas ellas de contenido patrimonial y, por consiguiente, de carácter transigible’ tal como se estableció en el laudo arbitral.*

*‘Que en lo que respecta al mantenimiento periódico, las pretensiones conciliadas se encontraban establecidas en el numeral 4.1.13, subnumerales 4.1.13.1 y 4.1.13.2 así:*

#### **4.1.13 PRETENSIONES RELATIVAS AL PROGRAMA DE MANTENIMIENTO**

##### **4.1.13.1 PRETENSIONES DECLARATIVAS**

*PRIMERA.- Que se declare que el Pliego de Condiciones del Contrato de Concesión 664 de 1994 estableció la obligación de realizar un programa de mantenimiento en el que se especificara semestralmente las tareas de mantenimiento rutinario y preventivo*

*‘SEGUNDA.- Que se declare que en el modelo financiero se establecieron mantenimientos periódicos, uno entre los años 2004 a 2005 y otro entre el año 2009 y 2010.*

*‘TERCERA.- Que se declare que no se efectuó el gasto o inversión correspondiente al mantenimiento periódico de los años 2004 - 2005, contrariando el contrato, y obteniendo un beneficio determinado por el costo de oportunidad que representa el hecho de no haber realizado la inversión y gasto requeridos para el mantenimiento en el momento contractualmente exigible.*

##### **4.1.13.2 PRETENSIONES CONDENATORIAS**

*PRIMERA.- Que como consecuencia de la anterior declaratoria, se ORDENE al Concesionario Devinorte pagara la Agencia la suma de QUINCE MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS M/C (\$15.485.500,000) de 2011 o lo que resulte probado, debidamente indexado o actualizado hasta la fecha de pago, bajo los términos y condiciones previstas en el Contrato y la Ley’.*

*‘Como se puede observar, el alcance de la pretensión planteada en su momento por la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI y que fue objeto de conciliación, tenía como objeto la declaración - verificación de la no inversión realizada por el Concesionario, derivada de la obligación contractual durante los periodos 2004 y 2005<sup>200</sup> y como consecuencia se condenará al Concesionario a la restitución - pago de los recursos no invertidos en el mantenimiento periódico pactado contractualmente única y exclusivamente para dicha vigencia.*

*‘En ese sentido y contrario a lo manifestado por el Concesionario, en el Acuerdo Conciliatorio NO se acordó por la ANI y DEVINORTE la anulación o extinción de la obligación de realizar el Mantenimiento Periódico al igual que la totalidad de las obligaciones derivadas del numeral 9.2. PROGRAMA PARA EL MANTENIMIENTO DE LA VÍA de la propuesta del Concesionario - la cual se reitera hace parte del Contrato de Concesión No. 664 de 1994.*

*‘De esta forma, en atención a que corresponde a una obligación de tracto sucesivo, la misma debe ser verificada durante la totalidad de la vigencia del Contrato de Concesión y adquiere mayor relevancia su verificación ad portas del trámite de reversión que se adelanta como consecuencia de la terminación del plazo contractual, tal como se estableció en nuestra comunicación ICITY-0196-17 de 13 de julio de 2017 con el objeto que se garantice la estabilidad del proyecto en lo pertinente.*

---

<sup>200</sup> Nota de pie de página de la demanda arbitral: “<sup>3</sup> Nótese que lo atinente a los años 2009 y 2010 fue suprimido en este párrafo, pues según se lee en la pretensión segunda dicho periodo hacía parte de la reclamación en idénticos términos al periodo 2004 y 2005”

*De esta forma, se reitera en toda su extensión el oficio ICITY-0196-17 de 13 de julio de 2017 indicándose que dentro del término perentorio de cinco (5) días siguientes al recibo de la presente comunicación la Unión Temporal DEVINORTE debe dar inicio a la instalación de la carpeta asfáltica de refuerzo de 5.0 cms de espesor a todo lo largo de la vía; según lo establecido en la propuesta del Concesionario numeral 9.2 PROGRAMA PARA EL MANTENIMIENTO DE LA VÍA; actividad la cual y en todo caso no podrá superar el 30 de noviembre de 2017<sup>201</sup> fecha en la cual se debe verificar la reversión del proyecto.*

*‘Al respecto y a manera de conclusión, se reitera que la instalación de la carpeta asfáltica de refuerzo corresponde a una obligación contractual y por lo tanto, de no darse cumplimiento al requerimiento final establecido por medio de la presente comunicación, en cumplimiento a nuestras obligaciones, se remitirán los antecedentes contractuales a la Agencia Nacional de Infraestructura con el objeto de determinar la posibilidad de impulsar un proceso conminatorio y/o establecimiento de multas en contra de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Norte - DEVINORTE. (...)’ [Subrayas y negrillas fuera de texto original]”*

## **1.2. Los fundamentos de la pretensión invocados por la Parte Convocante**

En el numeral VI. de la demanda arbitral, la Parte Convocante explicó la controversia puesta a consideración del panel arbitral, se refirió a la cosa juzgada, a la naturaleza jurídica de la transacción y los efectos de la misma, a la naturaleza jurídica del desistimiento y a los efectos del mismo, a las obligaciones de medio y de resultado, en los siguientes términos:

### **“VI.2. LA CONTROVERSIA PUESTA A CONSIDERACIÓN DEL PANEL ARBITRAL**

“La controversia que se pone en esta ocasión a consideración de sus Señorías se circunscribe a establecer si los partícipes de la Unión Temporal DEVINORTE y/o la Unión Temporal misma, a la luz de (i) el Contrato 0664 de 1994, sus apéndices y anexos; (ii) los documentos del contrato aludidos en la Cláusula Segunda del mismo; (iii) en específico la Propuesta presentada por quienes habrían de constituir la Unión Temporal Concesionaria y contenida en el Volumen VI Tomo I numeral 9.2; (iv) lo pactado por las Partes en el Acuerdo Conciliatorio de 30 de octubre de 2015; y, (v) lo decidido en el Laudo de 6 de octubre de 2016, está en obligación o no de colocar una sobrecarpeta asfáltica de refuerzo de cinco centímetros (5 cm) de espesor a lo largo de todo el corredor concesionado.

“Para los aquí convocantes es palmar que tal obligación no existe por cuanto, como quedará probado, la colocación de la mencionada sobrecarpeta fue concebida dentro de la propuesta presentada al interior de la Licitación Pública 005 de 1994<sup>202</sup> como una simple previsión y/o suposición. De hecho dando lectura, recta vía, a todos los documentos del contrato en particular a uno de los incisos del numeral 9.2 tantas veces mentado, los oferentes manifestaron clara y expresamente que solamente ‘[d]urante la etapa de diseños definitivos cuantificaremos el alcance de los trabajos requeridos...’

“Por manera que es así como adquiere sentido el que todo lo explicitado bajo el numeral 9.2 tenga un mero sentido especulativo o hipotético por cuanto solo las mediciones de las vías existentes a rehabilitar o mejorar y el diseño de la estructura de pavimento de las vías nuevas a construir le darían contenido específico al tipo de actividades que el Concesionario debía acometer para cumplir la única y esencial finalidad de todas ellas, vale decir, la persecución y logro del Índice de Estado en un nivel no menor a 4.0.

“Precisamente durante estos 23 años de duración del Contrato de Concesión es lo que han actuado los Convocantes. No es casual el hecho que durante toda la vigencia del Contrato las vías hayan exhibido una calificación del Índice de Estado superlativamente mejor que 4.0 aproximándose a la perfección del 5. De hecho como quedará establecido de la lectura del último informe de la interventoría Consorcio ICITY éste se cifra en 4.72

---

<sup>201</sup> Nota de pie de página de la demanda arbitral: “<sup>4</sup> Se llama la atención respecto de la contradictoria petición que efectúa la Interventoría Consorcio ICITY, ello en la medida que dicho Consorcio pretende que el Concesionario coloque en un término inferior a tres (3) meses una sobrecarpeta de cinco (5) centímetros a lo largo del corredor, lo cual a todas luces constituye una petición de imposible cumplimiento.”

<sup>202</sup> Nota de pie de página de la demanda arbitral: “<sup>8</sup> Volumen VI, Tomo I, numeral 9.2”

“No corresponde a un error si no a la deliberada determinación de la Convocada el haber exigido que en el texto del Acuerdo Conciliatorio se incluyera el texto que a continuación reproducimos:

*‘(...) Aspectos fácticos: En el decurso del proceso de negociación del presente Acuerdo Conciliatorio, las Partes llegaron a la conclusión **que el programa de mantenimiento periódico tiene como único y exclusivo propósito el de mantener la vía de manera que por sus condiciones constructivas y de estado logre exhibir el Índice de Estado exigido por el contrato.***

*‘También constataron las Partes, **principalmente la Convocada, que durante todo el período de vigencia del Contrato en su Etapa de Operación, las vías han exhibido un Índice de Estado superior a la calificación de 4.0 exigida por los pliegos y el Contrato.***

*‘Aspectos jurídicos: Siendo entonces la obtención del Índice de Estado una obligación de resultado, es claro que el medio para obtenerlo solo es exigible en la medida que su ejecución sea un requisito ‘sine qua non’ para lograr el fin perseguido; por manera que obtenido éste, resulta inexigible por inconducente el medio estipulado para lograr el propósito final. (...)’*

“Como si lo anterior no bastara, lo atinente a las obligaciones propias del Mantenimiento Periódico fue objeto de conciliación entre las Partes y, por tanto, si en gracia de discusión hubiese existido la obligación que reclama ahora la Entidad Concedente lo cierto es que por el acuerdo de las Partes y en concreto por el desistimiento de la Agencia de todo cuanto decía relación al Mantenimiento Periódico reclamado por ella en la demanda de reconvencción<sup>203</sup> fue extinguido del mundo jurídico por el efecto de cosa juzgada que aparea toda conciliación y la imposibilidad de revivir pretensiones renunciadas al interior de un proceso arbitral por el desistimiento de una de las Partes.

### “VI.3. DE LA COSA JUZGADA

“Al punto se ha dicho que ‘(...) La cosa juzgada es una institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, **el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas.** Los citados efectos se conciben por disposición expresa del ordenamiento jurídico para lograr la terminación definitiva de controversias y alcanzar un estado de seguridad jurídica. De esta definición se derivan dos consecuencias importantes. En primer lugar, los efectos de la cosa juzgada se imponen por mandamiento constitucional o legal derivado de la voluntad del Estado, impidiendo al juez su libre determinación, y en segundo lugar, el objeto de la cosa juzgada consiste en dotar de un valor definitivo e inmutable a las providencias que determine el ordenamiento jurídico. **Es decir, se prohíbe a los funcionarios judiciales, a las partes y eventualmente a la comunidad, volver a entablar el mismo litigio.** (...)’<sup>204</sup>

“En abundancia de lo anterior, la misma Corte Constitucional al referirse a la institución de la Cosa Juzgada la definió así:

*‘(...) El proceso, entendido como el conjunto de actos concatenados realizados por las partes y por el juez para la solución de un litigio, en razón a su finalidad específica y concreta, cual es la de buscar la efectividad de los derechos subjetivos, no puede prolongarse indefinidamente en el tiempo y, por tanto, extenderse a perpetuidad. Razones de interés general, relacionadas con el mantenimiento del orden público, la paz social y la garantía de los derechos ciudadanos, imponen, como un imperativo social y político, que los procesos se decidan definitivamente y que necesariamente deba finalizar o concluir, en un cierto momento procesal, el litigio sobre un conflicto de intereses que previamente ha sido planteado en juicio y juzgado, pues admitir lo contrario implicaría que las relaciones litigiosas nunca saldrían de la incertidumbre, con grave perjuicio para los intereses señalados.*

*‘Como respuesta a ese imperativo, surge entonces la institución procesal de la cosa juzgada, la cual se viene a constituir, dentro del ámbito de las instituciones jurídicas, en el fin natural del proceso.*

---

<sup>203</sup> Nota de pie de página de la demanda arbitral: “<sup>9</sup> Pretensiones 4.1.13, 4.1.13.1 y 4.1.13.2 demanda de reconvencción de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA ANI”

<sup>204</sup> Nota de pie de página de la demanda arbitral: “<sup>10</sup> Sentencia C-774 de 25 de julio de 2001 de la Corte Constitucional, M.P. Rodrigo Escobar Gil”

En términos generales, la cosa juzgada hace referencia a los efectos jurídicos de las sentencias, en virtud de los cuales estas adquieren carácter de **inmutables, definitivas, vinculantes y coercitivas, de tal manera que sobre aquellos asuntos tratados y decididos en ellas, no resulta admisible plantear litigio alguno ni emitir un nuevo pronunciamiento.**

Los efectos de la cosa juzgada se imponen por mandamiento constitucional o legal derivado de la voluntad del Estado, impidiendo al juez su libre determinación, y su objeto consiste, entonces, en dotar de un **valor definitivo e inmutable** a las providencias que determine el ordenamiento jurídico. **Es decir, se prohíbe a los funcionarios judiciales, a las partes y eventualmente a la comunidad, volver a promover el mismo litigio.**

La cosa juzgada brinda así seguridad y estabilidad a las decisiones judiciales, en la medida que impide un nuevo planteamiento del caso litigioso para obtener respecto de él una nueva declaración de certeza.

De acuerdo con su definición, a la cosa juzgada se le atribuyen dos importantes consecuencias, que si bien se encuentran relacionadas entre sí, en todo caso mantienen una clara diferencia. Una de naturaleza positiva, cual es el de vincular o constreñir al juez para que reconozca y acate el pronunciamiento anterior (principio de la res judicata pro veritate habetur), y otra de connotación negativa, que se traduce en la prohibición que se impone también al operador jurídico para resolver sobre el fondo de conflictos ya decididos a través de sentencia en firme, evitando además que respecto de una misma cuestión litigiosa se presenten decisiones contradictorias con la primera. En este segundo efecto, lo que se pretende es no solo excluir una decisión contraria a la precedente, sino también cualquier nueva decisión sobre lo que ya ha sido objeto de juzgamiento anterior.

(...)

‘Así entendida, la cosa juzgada está llamada a garantizar la efectiva aplicación de los principios de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima de los administrados, pues a través de ella se obliga a los jueces a ser consistentes con las decisiones que adoptan, impidiendo que un mismo asunto sea estudiado y fallado nuevamente por la autoridad judicial, en oportunidad diferente y de distinta manera. (...)’<sup>205</sup>

“El profesor Hernán Fabio López Blanco sobre la institución de la Cosa Juzgada ha dicho:

‘(...) 4. COSA JUZGADA

4.1. Generalidades

‘Caracteriza a la soberanía del Estado el que las decisiones tomadas por quienes ejercen los poderes necesarios para la adecuada marcha de la sociedad sean observadas y respetadas por los asociados: sólo así se garantiza el orden. Entre las emanaciones de la soberanía estatal figuran las de la imperatividad y coercibilidad de las resoluciones tomadas por quienes ejercen el poder.

‘Esas características se reflejan en algunas de las decisiones de los funcionarios que pertenecen al Poder Judicial, y, por eso, las sentencias que ellos dictan, luego de ciertos trámites, pasan a ser imperativas, son susceptibles de cumplirse coercitivamente y se hacen inmutables, por cuanto no pueden ser variadas, es decir, hacen tránsito a cosa juzgada.

‘De no existir cosa juzgada nadie acudiría, en ejercicio del derecho de acción, a formular pretensiones para que el órgano judicial las resolviera. Ningún incentivo tendría una persona para buscar un trámite judicial, largo y costoso, si la decisión a más de ser inmodificable, no pudiera hacerse cumplir aun mediante el empleo de la fuerza.

‘De otra parte, al impedir la cosa juzgada que los asuntos decididos mediante sentencia sean nuevamente sometidos a debate judicial, contribuye a dar seriedad a las determinaciones judiciales y a poner término al estado de incertidumbre que surgiría si quien obtuvo providencia, no acorde con sus intereses, pudiera seguir planteando la

---

<sup>205</sup> Nota de pie de página de la demanda arbitral: “<sup>11</sup> Sentencia C-622 de 14 de agosto de 2007. Sala Plena de la Corte Constitucional.”

**misma controversia hasta lograr un fallo que se ajuste a sus particulares propósitos.**  
(...)<sup>206</sup>

“Todo lo atraído cae como anillo al dedo a la controversia a la que está invitando la Convocada a través de sus últimos y sorpresivos requerimientos. Llama la atención que habiéndose producido el Acuerdo Conciliatorio hace ya casi dos años y conociendo como sabía que la terminación del Contrato de Concesión se produciría el 30 de noviembre de 2017 y sabiendo además que la colocación de la fermentada obligación de colocar una sobrecarpeta requería el incurrir en una actividad que se prolongaría por dos años o más y tan solo en julio del presente año se ocupara de exigir la imaginaria obligación.

#### “VI.4. NATURALEZA JURÍDICA DE LA TRANSACCIÓN Y EFECTOS DE LA MISMA

“La Corte Constitucional definió la institución de la Transacción de la siguiente manera:

*‘(...) El artículo 1625 del Código Civil establece que la transacción es un modo de extinguir las obligaciones y nace a la vida jurídica como un acuerdo de voluntades (art. 2469 C.C). Así las cosas, la transacción implica el pacto entre las partes de poner fin a un derecho de contenido dudoso o a una relación jurídica incierta, que surge de la intención de las partes de modificarla por una relación cierta y firme, con concesiones recíprocas. Además, de acuerdo con el artículo 2483 C.C, la transacción **tiene efectos de cosa juzgada** a menos que se configure un vicio que genere nulidad. En este orden de ideas, de acuerdo a lo establecido en el artículo 240 [Sic]<sup>207</sup> del Código de Procedimiento Civil, una de las formas de terminación previa el proceso, de forma total o parcial, es la transacción. Empero, es deber de las partes allegar al proceso el documento que la contenga y del juez precisar el alcance de la transacción<sup>208</sup>. También señala el artículo mencionado, que el auto que resuelve la transacción parcial es apelable en efecto diferido, y cuando es total, será en efecto suspensivo. Por su parte, la transacción se genera sólo entre las partes que acuerdan.(...)’<sup>209</sup>*

“Guardando fidelidad a la naturaleza de la figura de la transacción como instrumento para poner fin total o parcial a un conflicto es que las partes incluyeron en el contrato de transacción plurimentado lo que a continuación sigue:

*‘(...) Igualmente, las partes desisten de las excepciones de mérito mutuamente formuladas en sus respectivos escritos de contestación tanto a la demanda inicial, versión sustitutiva y reformada, como a la de reconvenión, frente a las pretensiones que son materia del presente Acuerdo de Conciliación. Para los efectos a que haya lugar, dichas excepciones de mérito se entienden desistidas en lo que respecta exclusivamente a las pretensiones conciliadas, por lo cual el Tribunal no deberá hacer pronunciamiento sobre ellas en el Laudo Arbitral que habrá de proferirse, en el cual solamente se resolverá sobre la prosperidad o no de las pretensiones y excepciones que no son objeto del presente acuerdo parcial de conciliación.*

*En virtud de lo anterior, las partes en ejercicio de su autonomía de la voluntad y con arreglo a la Ley renuncian expresamente a realizar cualquier reclamación presente o futura; específicamente sobre las pretensiones que aquí se desisten y respecto de los hechos que han originado tales pretensiones, acontecidos hasta la fecha de suscripción del presente documento, como quiera que aceptan de manera incondicional que con el presente Acuerdo Conciliatorio se declaran transigidas sus diferencias sobre estas materias, reconociéndole efectos de cosa juzgada y mérito ejecutivo a la luz de lo previsto en la ley colombiana. (...)’*

#### “VI.5. NATURALEZA JURÍDICA DEL DESISTIMIENTO Y EFECTOS DEL MISMO

“Ahora bien la transacción constituye el acuerdo marco que concreta la forma como las Partes enfrentadas concilian o arbitran sus opuestas pretensiones, para el caso de existir demanda y contrademanda como ocurrió en antes. Es decir, que el Acuerdo que concreta las mutuas renunciaciones y

---

<sup>206</sup> Nota de pie de página de la demanda arbitral: “<sup>12</sup> Procedimiento Civil, Tomo I. Hernán Fabio López Blanco. Dupre Editores, Novena Edición. Página 633 y siguientes.”

<sup>207</sup> Nota de pie de página de la demanda arbitral: “<sup>13</sup> Corresponde al Artículo 340 del CPC hoy 312 del Código General del Proceso”

<sup>208</sup> Nota de pie de página de la demanda arbitral: “<sup>14</sup> Como efectivamente ocurrió en el curso del Proceso de Arbitraje convocado por los partícipes de la Unión Temporal y laudado el 6 de octubre de 2016.”

<sup>209</sup> Nota de pie de página de la demanda arbitral: “<sup>15</sup> Sentencia de fecha \_\_ Corte”

concesiones puede reflejarse en renunciaciones, desistimientos o creación de nuevas obligaciones sustitutivas de las iniciales o quitas o cualquier otro instituto que concrete el acuerdo.

“De manera particular en tratándose del Mantenimiento Periódico la figura a través de la cual las partes conciliaron o transaron su disputa fue la del desistimiento, por ello nos parece propio atraer la clara manifestación doctrinal del Profesor Hernán Fabio López Blanco que señala:

(...) 5. EL DESISTIMIENTO

#### 5.1. Concepto

*En un sentido muy amplio se entiende por desistimiento la manifestación de la parte ‘de su voluntad de separarse de la acción intentada o deducida, de la oposición que ha formulado, del incidente que ha promovido o del recurso que haya interpuesto.*

(...)

#### 5.2.3 El desistimiento genera los mismos efectos que una sentencia absolutoria

*El auto que admite el desistimiento equivale integralmente a que se hubiera dictado sentencia absolutoria, es decir desestimatoria de las pretensiones de la demanda incluyendo los efectos de cosa juzgada.*

*Con toda nitidez el inciso segundo del art. 342<sup>210</sup> señala que ‘El desistimiento implica la renuncia de las pretensiones de la demanda en todos aquellos casos en que la firmeza de la sentencia absolutoria habría producido efectos de cosa juzgada. El auto que acepte el desistimiento producirá los mismos efectos de aquella sentencia’.<sup>211</sup>*

“Por su parte el Profesor Hernando Devis Echandía al ocuparse de los efectos de la institución del desistimiento ha dicho:

(...) 331. EL DESISTIMIENTO

*El desistimiento es una declaración de voluntad y un acto jurídico procesal, en virtud del cual eliminan los efectos jurídicos de otro acto procesal. De acuerdo con el artículo 342 del C. de P. C., las partes pueden desistir del proceso o de un incidente o recurso o de la demanda de reconvención, mediante un memorial presentado personalmente, separada o conjuntamente. El desistimiento de la demanda puede ser total, en cuyo caso le pone fin al proceso y equivale a desistir de este; o de parte de la demanda y entonces el proceso continúa.*

(...)

*c) Efectos de desistimiento. El desistimiento de la demanda puede ser definitivo o temporal. El primero constituye la regla general y sus efectos son similares a los de una sentencia adversa al demandante que en ese proceso se hubiera dictado; pero las partes pueden convenir otra cosa. Esto significa que si la Ley no permite reclamar la pretensión por vía distinta, el desistimiento produce efectos de cosa juzgada, ante la imposibilidad de todo nuevo proceso (C. de P. C., Artículo 342, inciso 2) (...)*

## “VI.6. OBLIGACIONES DE MEDIO Y DE RESULTADO

“Sin lugar a dudas la obligación del Mantenimiento Periódico se pactó por las Partes como una típica obligación de medio tan solo dirigida a obtener y lograr la verdadera e importante consistente en mantener las vías concesionadas de manera que durante toda la duración del Contrato exhibieran un Índice de estado fijado en 4.0.

“Como corolario obvio de tal paradigmática verdad es que de consuno cuando celebraron el Acuerdo Conciliatorio que puso fin a algunas controversias suscitadas entre las aquí y allá Convocantes y aquí y allá Convocada y demandante en reconvención particularmente las relativas al Mantenimiento

---

<sup>210</sup> Nota de pie de página de la demanda arbitral: “<sup>16</sup> Hoy sustituido por el Artículo 314 del Código General de Proceso.”

<sup>211</sup> Nota de pie de página de la demanda arbitral: “<sup>17</sup> Procedimiento Civil, Tomo I. Hernán Fabio López Blanco. Dupre Editores, Novena Edición. Página 633 y siguientes.”



Periódico éstas al unísono manifestaron:

**'Aspectos jurídicos: Siendo entonces la obtención del Índice de Estado una obligación de resultado, es claro que el medio para obtenerlo solo es exigible en la medida que su ejecución sea un requisito 'sine qua non' para lograr el fin perseguido; por manera que obtenido éste, resulta inexigible por inconducente el medio estipulado para lograr el propósito final. (...)'** (Subrayas y negrillas fuera de texto)

“Pero esa manifestación no fue gratuita en tanto que la misma fue el resultado de las pruebas en que se apoyaron las Partes litigiosas para producirla, el informe obrante en el Proceso Arbitral e incorporado como prueba del Acuerdo Conciliatorio generado por la actual Interventoría, misma que fungía como tal a la época del acuerdo, el Consorcio ICITY.

“De otro lado la asignación de la naturaleza de resultado o de medio asignada por las Partes al débito a cargo de la Concesionaria se derivó de las claras definiciones jurisprudenciales y doctrinales que sobre esta clase de obligaciones han locutado jurisprudencia y doctrina.

*'(...) 5. Se pasa, por lo tanto, a explorar tal reproche, en torno del que caben las siguientes apreciaciones:*

*'5.1. Para las personas que intervienen en los contratos, adicionalmente a los derechos o prerrogativas que para ellas se puedan generar, surgen igualmente deberes jurídicos de diversa naturaleza y alcance, enderezados, por regla general, a la satisfacción del interés de la contraparte. De aquel planteamiento simple y preciso de los juristas clásicos que señalaba que los contratos son fuente de obligaciones que consisten en dar, hacer o no hacer alguna cosa, se ha evolucionado a una concepción más amplia, de general aceptación en el derecho contemporáneo, según la cual de los actos o negocios jurídicos dispositivos se originan para quienes en ellos intervienen, por una parte, los deberes de prestación, deberes primarios u obligaciones nucleares, que corresponden a los compromisos medulares o esenciales que el deudor asume para con el acreedor atendiendo lo expresamente pactado o lo que el ordenamiento consagra para el respectivo tipo contractual, y, por otra, los denominados deberes secundarios, accesorios o colaterales de conducta, que se integran al contenido contractual por virtud de la buena fe objetiva (arts. 1603 del C.C. y 871 del C. de Co.), con el fin de que, con fundamento en criterios de corrección, honestidad y probidad, el deudor, a pesar de no haberlo pactado expresamente, realice lo que sea indispensable para la satisfacción y protección del interés del acreedor (v.gr. deberes de reserva, seguridad, información, lealtad, consejo o coherencia, entre los más relevantes), todo esto, claro está, sin perjuicio de las cargas, gravámenes o de otras relaciones jurídicas pasivas que, dependiendo del negocio de que se trate, puedan igualmente generarse para las partes.*

*'En virtud de esta conceptualización se señala, con razón, que en la actualidad la relación entre las partes contratantes es compleja, pues ellas, en forma explícita o implícita, asumen deberes de conducta de diverso y variado temperamento, enderezados, en general, a la satisfacción y protección de los derechos e intereses de su contraparte negocial, además de que se radican en su patrimonio múltiples potestades, facultades o prerrogativas, que corresponden, igualmente, a una heterogénea gama de poderes jurídicos que el ordenamiento les reconoce para la satisfacción de sus necesidades.*

*(...)*

*'5.3. La clasificación de las obligaciones en obligaciones de medio y de resultado no se encuentra consagrada en las codificaciones que siguieron el hito planteado por el derecho francés con el Code Civil en 1804, y fue desarrollada por los juristas de principios del siglo veinte para solucionar algunas dificultades encontradas en orden a determinar las diferentes tipologías que puede asumir el contenido de la obligación, para definir la forma en la que se puede dar cumplimiento al compromiso asumido por el deudor, así como para comprender adecuadamente los requisitos exigibles en materia de responsabilidad contractual, específicamente el relacionado con la prueba de la culpa como factor de atribución de la responsabilidad, así como la posibilidad de acreditar o no la diligencia empleada como medio al alcance del deudor para exonerarse de la obligación indemnizatoria.*

*'En Francia, particularmente, la adopción de esta clasificación, allí atribuida a los planteamientos del jurista René Demogue, tuvo como propósito armonizar las disposiciones contenidas en los artículos 1137 y 1147 del Código Civil, en cuanto a la admisibilidad de la prueba de la diligencia o cuidado como mecanismo para obtener la exoneración del deudor en diversos supuestos de responsabilidad contractual.*

En el contexto antes descrito, y con especial referencia a las obligaciones de hacer, se ha señalado, en términos simples, que en algunas ocasiones el compromiso del deudor consiste en desplegar una conducta, actividad o comportamiento, con diligencia, sin garantizar que el acreedor obtenga un logro concreto o específico —obligaciones de medio o de medios—, al paso que en otros eventos la satisfacción del titular del derecho de crédito estará dada porque con el comportamiento debido se obtenga un resultado o efecto preciso y determinado —obligaciones de resultado—.

‘5.4. En el planteamiento clásico de la teoría se consideró que el criterio de distinción para establecer si se está en presencia de una u otra clase de obligaciones, luego de evaluar, obviamente, la voluntad de las partes, se encuentra en la aleatoriedad del resultado esperado. En ese sentido, se señaló que en las obligaciones de medio el azar o el acaso es parte constitutiva de su contenido, y el resultado no depende directa y necesariamente de la actuación diligente del deudor, mientras que, por el contrario, en las obligaciones de resultado lo contingente está presente en una mínima proporción, de manera que la conducta del obligado debe ser suficiente para obtener el logro esperado por el titular del derecho de crédito.

En la actualidad, como un desarrollo de las ideas antes esbozadas y sin perjuicio de que se puedan considerar varios factores para adoptar la determinación respectiva (cfr. art. 5.1.5. de los Principios Unidroit), el criterio más aceptado para distinguir uno y otro tipo de obligación se encuentra en la incidencia que en el concepto de cumplimiento pueda tener el que con la conducta debida se realice el interés primario del acreedor, es decir, que éste efectivamente obtenga el resultado útil o la finalidad práctica que espera lograr. En algunas obligaciones, el deudor asume el compromiso de desarrollar una conducta determinada en favor del acreedor, con el propósito de satisfacer el resultado esperado por éste; no obstante, si tal resultado también depende de factores cuyo control es ajeno al comportamiento del deudor, v.gr. elementos aleatorios o contingentes, la obligación, en dichos eventos, es de medio o de medios, y el deudor cumple su compromiso si obra con la diligencia que corresponda, aunque no se produzca la satisfacción del interés primario del acreedor. Por su parte, en otras obligaciones, las de resultado, el interés primario del titular del derecho crediticio sí se puede obtener con el comportamiento o conducta debida, toda vez que en ellas la presencia del componente aleatorio o de azar es exigua, y por ende, el deudor sí puede garantizar que el acreedor obtenga el resultado o logro concreto que constituye dicho interés primario.

‘Ahora bien, no se puede desconocer que el comportamiento del deudor, teniendo presente que la obligación es una relación de cooperación para la satisfacción de necesidades, siempre estará enderezado a la realización del interés del acreedor: v.gr., el médico siempre tendrá como finalidad de su actuación la curación del paciente y el ingeniero se trazará como propósito de su conducta contractual la adecuada y completa culminación y entrega de la obra encargada. Lo que ocurre es que en el primer caso, el médico no puede garantizar que el resultado esperado y querido se realice, pues no se encuentra totalmente a su alcance que ello ocurra (existen circunstancias físicas, anímicas, ambientales, etc., que pueden condicionar y determinar el resultado esperado), mientras que en el contrato de obra, por regla general, para el deudor es factible lograr u obtener que el acreedor reciba efectivamente la obra encargada. En la obligación de medio el deudor cumplirá su deber de conducta desplegando la actividad o comportamiento esperado, aun cuando no se obtenga el resultado o fin práctico perseguido por el acreedor; por el contrario, si la obligación es de resultado, sólo habrá cumplimiento si el acreedor obtiene el logro o propósito concreto en el que fundó sus expectativas.

‘5.5. Es suficientemente conocido que la jurisprudencia civil acogió la distinción entre obligaciones de medio y de resultado en las sentencias de 30 de noviembre de 1935 (G.J. 1905 y 1906) y de 31 de mayo de 1938 (G.J. 1936, págs. 566 y ss.), como una clasificación complementaria a la de dar, hacer y no hacer, y con un énfasis particular respecto de su trascendencia para solucionar los problemas de la prueba de la culpa en la responsabilidad civil contractual. Señaló la Corte en esta última ocasión que ‘[s]entado que al acreedor incumbe en términos generales la prueba de la culpa contractual, se distingue para los efectos de su rigor entra las obligaciones de resultado y las obligaciones de medios. Siendo -el incumplimiento del contratoun hecho, todos los medios de prueba son hábiles para establecerlo. Por lo tanto, cuando la obligación es de resultado, es suficiente la prueba del contrato (...) porque prácticamente, en el momento de la valoración del material probatorio, queda demostrada la culpa del deudor ante la ausencia de toda prueba en contrario. La prueba de lo contrario en esta clase de obligaciones no libera al deudor si se refiere a la ausencia de culpa sino que debe versar sobre el caso fortuito, la fuerza mayor o la existencia de una causa extraña que no le sea imputable (...). Respecto de la obligación de medios, se hace indispensable para el demandante, no sólo acreditar la existencia del contrato, sino afirmar también cuáles fueron los actos de inexecución, porque el demandado no podría de otra manera contrarrestar los ataques que le dirige el actor, debido precisamente a la naturaleza de su prestación que es de lineamientos esfumados. Afirmado el acto de inexecución, incumbe al demandado la prueba de su diligencia y

cuidado, conforme al inciso 3° del art. 1604, prueba suficiente para liberarlo, porque en esta clase de obligaciones basta para exonerar al deudor de su responsabilidad acreditando cualquiera de esos dos elementos (...).

En términos generales, el planteamiento original de la Corte se ha mantenido hasta el presente, destacándose en los pronunciamientos de la Corporación la trascendencia de la clasificación de que se trata, particularmente respecto de la determinación del contenido de las obligaciones, para la definición de su cumplimiento o incumplimiento, así como en lo atinente a su influencia en las cargas probatorias de las partes.

No obstante, la Sala no es ajena a la evolución que al respecto se ha presentado en el derecho contemporáneo, en donde no pocas críticas se le han realizado, por la amplitud y generalidad que se le pretende dar, porque su origen se encuentra en la necesidad de solucionar problemas legislativos existentes en algunos países europeos que no necesariamente se presentan en estas latitudes, por la dificultad que en ocasiones existe para encuadrar las obligaciones en uno u otro tipo, o, incluso, por el surgimiento en la doctrina de otras clases de obligaciones, como las de garantía o las de seguridad, que difícilmente se ubican en los dos moldes tradicionales.

Pero, a pesar de las observaciones antes reseñadas, estima la Corte que la clasificación de las obligaciones en de medio y de resultado sigue siendo una herramienta útil para el juzgador en orden a determinar el comportamiento que deben asumir los contratantes y contribuye a encontrar criterios aplicables a la definición de las cargas probatorias en la responsabilidad civil contractual. Sin embargo, como también lo ha señalado la Sala luego de censurar indebidas generalizaciones, lo fundamental está en identificar el contenido y alcance del contrato celebrado en el caso concreto, así como los particulares deberes de prestación que de él hayan surgido.

En cuanto a la carga de la prueba, como ya lo ha precisado esta Corporación, se deberá analizar si el supuesto de hecho se enmarca en el régimen del inciso 3° del artículo 1604 del C.C., según el cual 'la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo', o si 'el régimen jurídico específico excepcion[a] el general de los primeros incisos del artículo 1604 del Código Civil, conforme lo autoriza el inciso final de la norma' (Cas. Civ. 30 de enero de 2001, exp. 5507), lo que permitirá, v.gr., la utilización de los criterios tradicionalmente empleados por la Corte sobre la carga de la prueba dependiendo de si la obligación es de medio o de resultado.

Sin perjuicio de lo anterior, no se puede perder de vista, como también lo ha resaltado la jurisprudencia civil que, en relación con el onus probandi, es dable al juzgador aplicar criterios de flexibilización o racionalización probatoria en algunos supuestos excepcionales, atendiendo las circunstancias del caso concreto, v.gr., la regla res ipsa loquitur, la culpa virtual, o la presencia de un resultado desproporcionado, entre otros (cfr. Cas. Civ. Civ. 30 de enero de 2001, exp. 5507, 22 de julio de 2010, exp. 41001 3103 004 2000 00042 01, y de 30 de noviembre de 2011, exp. 76001-3103-002-1999-01502-01).

Igualmente, es menester recordar al respecto que ya esta corporación, en el mencionado fallo de 30 de enero de 2001, destacó que 'es precisamente en este sector del comportamiento en relación con las prestaciones debidas, donde no es posible sentar reglas probatorias absolutas con independencia del caso concreto, pues los habrá donde el onus probandi permanezca inmodificable, o donde sea dable hacer actuar presunciones judiciales, como aquellas que en ocasiones referenciadas ha tenido en cuenta la Corte, pero también aquellos donde cobre vigencia ese carácter dinámico de la carga de la prueba, para exigir de cada una de las partes dentro de un marco de lealtad y colaboración, y dadas las circunstancias de hecho, la prueba de los supuestos configurantes del tema de decisión. Todo, se reitera, teniendo en cuenta las características particulares del caso: autor, profesionalidad, estado de la técnica, complejidad de la intervención, medios disponibles, estado del paciente y otras circunstancias exógenas, como el tiempo y el lugar del ejercicio, pues no de otra manera, con justicia y equidad, se pudiera determinar la corrección del acto médico (lex artis)'.

Esta última referencia es particularmente importante en situaciones excepcionales, en las que exista una evidente dificultad probatoria para el paciente o sus familiares en orden a obtener los medios de prueba que sirvan para acreditar la culpa médica, y por el contrario, por cercanía o disponibilidad, la demostración de la diligencia resulte de mayor facilidad para el facultativo o la institución hospitalaria demandada. En tales supuestos, obviamente, debe existir suficiente claridad en cuanto a la distribución probatoria que se determine para el caso particular, adoptada en el momento procesal oportuno y garantizando la adecuada defensa y contradicción de las partes.

Al respecto, resulta pertinente tener presente, como criterio interpretativo mientras entra en vigor, que el inciso 2° del artículo 167 de la Ley 1564 de 2012, que adoptó el Código General del Proceso, luego de señalar que '[i]ncumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas

*persiguen’, introduce explícitamente el concepto de carga dinámica de la prueba en los siguientes términos: ‘No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares. (...) Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.’ (...)*<sup>212</sup>

*‘(...) 28. OBLIGACIONES DE MEDIO Y RESULTADOS. – De introducción reciente en la doctrina, esta clasificación se endereza a determinar cuándo hay o no inexecución de obligaciones y el papel que desempeña el caso fortuito, cuestiones estas que son fundamentales para valorar la responsabilidad que compete al deudor por la referida inexecución. Dícese que la obligación es de medios cuando el deudor solamente ha de poner estos con la diligencia requerida para el logro de un resultado cuya realización él no garantiza. Tal es la del médico que debe cuidar a su paciente sin que tenga que responder de la curación de este, y la del abogado que se encarga de un pleito que fracasa para su cliente, pese al escrupuloso manejo del litigio por aquel. La obligación es de resultado cuando la obtención de este queda incluida en el objeto de aquella. Así, pertenece a esta categoría la que tiene el arrendatario de restituir la cosa arrendada al vencimiento del término del contrato. (...)’*<sup>213</sup>

A su vez, en su alegato de conclusión, en lo que se refiere a este tema, la Parte Convocante y Convocada en Reconvención señaló lo siguiente:

### **“III. PRUEBAS OBRANTES AL PROCESO**

“Amén de muchas aportadas por una y otra Parte interviniente en el Proceso de Arbitraje, es útil atraer la atención de los Señores Árbitros hacia las que a continuación enlistamos y que en nuestra respetuosa opinión resulta indispensable valorar como elementos probatorios de los hechos en que una y otra Parte hacen consistir su *causa petendi*. Veamos:

#### **“III.1 DICTAMEN PERICIAL DE PARTE TÉCNICO ENTREGADO POR LA UNIÓN TEMPORAL DEVINORTE Y TODOS SUS INTEGRANTES**

“El dictamen pericial rendido por el Ingeniero Jaime Bateman que, esencialmente, se orienta a dictaminar si las vías constitutivas del ‘Sistema Vial Para el Desarrollo del Norte de Bogotá’, en primer lugar, ostentan las características y estado que permiten afirmar con certeza que cumplen con el Índice de Estado del 4.0 exigido por el Manual de Operación que forma parte del Contrato de Concesión 0664 de 1994 y que, además, si efectuadas las conducentes pruebas técnicas sobre las vías conformantes de tal sistema vial, las mismas exhiben una estructura de pavimento (deflexión característica) de la que se deriva que éstas, desde la fecha de la reversión (30 de noviembre de 2017), experimentarían una vida residual igual o superior a los dos años exigidos por el Contrato y demás documentos que forman Parte de él.

“Respecto de esta específica prueba, es obligado recalcar que la misma no fue objeto de solicitudes de aclaración y/o complementación y que, adicionalmente, con ocasión de su contradicción por parte de la Convocada y Convocante en reconvención, no fue objeto de crítica o glosa alguna; menos de la exhibición en su contra de un dictamen tendiente a desvirtuar sus conclusiones.

#### **“III.2 TESTIMONIOS**

“Se recibieron los sendos testimonios de las siguientes personas:

---

<sup>212</sup> Nota de pie de página de la demanda arbitral: “<sup>18</sup> Sentencia de 5 de noviembre de 2013 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. M.P. Arturo Solarte Rodríguez”

<sup>213</sup> Nota de pie de página de la demanda arbitral: “<sup>19</sup> Régimen General de las Obligaciones, Séptima Edición. Guillermo Ospina Fernández. Página 27. Editorial TEMIS 1978.”

- Diana Ximena Corredor Reyes
- José Román Pacheco
- Luis Eduardo Gutiérrez

“Como más adelante se observará, al proceder al análisis de los mismos con miras a establecer la veracidad de los hechos afirmados, las declaraciones recaudadas desde las personas que acabamos de enlistar, resultan contestes en derredor de los hechos sobre los que se edifican las líneas de defensa exhibidas por mi representada con el fin de dar cimiento a los argumentos y desvirtuar la justeza y legalidad de los afirmados por la parte Convocada y Convocante en Reconvención.

### “III.3 OFICIO INTERVENTORÍA – ICITY-032-18

“Prueba documental de vital valor es la que se identifica como el oficio ICITY-032-18 de fecha 20 de marzo de 2018, cuya autoría corresponde a la interventoría ICITY e incorpora el informe rendido por el identificado Consorcio a la Convocada, a la sazón de suministrarle insumos para conformar la contestación de la demanda y formular la demanda en reconvención.

### “III.4 ACUERDO CONCILIATORIO

“Otro elemento probatorio de capital importancia se identifica con el Acuerdo Conciliatorio suscrito entre la ANI y los Partícipes de la Unión Temporal Devinorte en el decurso de un anterior Tribunal de Arbitramento (que se identificó con el número 2975), por cuanto que éste específico Acuerdo se ocupa, entre otras muchas cosas, de la discutida actividad de recaudo que enfrenta a las Partes y lo atinente al tratamiento otorgado a los ingresos por Publicidad.

### “III.5 LAUDO ARBITRAL

“Milita en el expediente el Laudo Arbitral expedido el 6 de octubre de 2016 que desarrolla los razonamientos hechos a título de *obiter dicta* y aquellos constitutivos de la *ratio decidendi* que darán luz al Panel sobre el preciso motivo, sentido finalístico y regulación práctica que las mismas Partes, hoy de nuevo en litigio, construyeron en derredor de la obligación de dar cumpliendo al Índice de Estado exigido por el Contrato de Concesión No. 0664 de 1994, así como a los ingresos por Publicidad (explotación comercial).

“Es preciso destacar que todo el expediente conformado en desarrollo de dicho Arbitraje obra en el presente plenario.

### “III.6 DICTÁMENES TÉCNICO, CONTABLE Y FINANCIERO

“Como se acaba de decir, al expediente fue aducida la totalidad de las piezas procesales aportadas, recaudadas o elaboradas en el decurso del proceso arbitral (2975), todas ellas conducentes, pertinentes y útiles en frente de lo aquí controvertido.

“Como pruebas que obraron al Proceso Arbitral que acabamos de identificar, se encuentran los Dictámenes Técnico, Contable y Financiero, emitidos en aquel; los cuales darán certeza a los Señores Árbitros sobre: (i) las inversiones efectuadas por la Convocante en Mantenimiento Periódico; (ii) los resultados arrojados desde distintas ópticas expertas sobre el estado de las vías y la condición estructural de los elementos que las conforman; (iii) la imputación al Modelo Financiero de los ingresos por Publicidad.

“El Dictamen de Valfinanzas incorpora el Modelo Financiero, herramienta de gestión del Contrato 0664 de 1994, la cual sirvió de base para que las firmas CAPITALCORP y NEXUS instrumentaran sus sendos Dictámenes Periciales ocupados, los dos, de lo relacionado con los vehículos y los ingresos por publicidad reclamados por la ANI.

### “III.7 NUEVOS DICTAMENES CAPITALCORP Y NEXUS

“En torno a la discusión sobre los ingresos por publicidad y reversión de vehículos, reposan en el expediente los Dictámenes elaborados por **CAPITALCORP** y **NEXUS**; cuyo análisis extenso se expondrá más adelante.

#### “IV. ANÁLISIS HECHOS PROBADOS, CONTRATO, INSTITUCIONES JURÍDICAS

##### “IV.1 ANÁLISIS EXHAUSTIVO DE LA OFERTA

“La oferta que formularon los Partícipes de la Promesa de Unión Temporal para el Desarrollo del Norte de Bogotá - **DEVINORTE** se encuentra debidamente incorporada en el expediente de manera tal que su existencia y contenido están debidamente probados. Del texto de la Oferta, a los fines que se han discutido al interior de éste Trámite Arbitral, se ha extractado el pertinente y contenido en el Volumen VI, Tomo I, numeral 9.2, que reguló lo tocante al Programa para el Mantenimiento Rutinario y Periódico ofrecido por los aquellos entonces Licitantes. Dicho texto reza:

###### ‘9.2 PROGRAMA PARA EL MANTENIMIENTO DE LA VIA

‘Se han clasificado dos tipos de mantenimiento así:

###### Rutinario

‘Se refiere a las labores de rocería, limpieza de obra de drenaje, limpieza de descoles e incoles [sic], limpieza de señales, y reposición de taches reflectivos, etc.

###### Periódico

‘Incluye trabajos de parcheo, colocación de sobrecarpetas, revaluación de la señalización horizontal, reconformación de taludes, suministro e instalación de delineadores de ruta, señales verticales, poste de referencia, reparación de obras de arte.

‘Durante la etapa de diseños definitivos **cuantificaremos el alcance de cada uno de los trabajos requeridos**, de acuerdo con la siguiente metodología:

###### Mantenimiento rutinario

‘Como primera etapa se hará un inventario físico detallado a lo largo de la vía, identificando y cuantificando las labores a realizar, los cuales llevaremos a cabo tan pronto se haya iniciado la etapa de operación.

###### MANTENIMIENTO PERIÓDICO

‘Se distinguen tres frentes básicos de trabajo como son:

- ‘1. Estructura de pavimento
- ‘2. Señalización y seguridad vial
- ‘3. Mantenimiento de obra de drenaje y de andenes

###### ‘1. Estructura de Pavimento

‘Para la cuantificación de los trabajos necesarios se requiere la correcta y detallada identificación y evaluación periódica del pavimento existente, el cual consiste en medir las características superficiales y sus deflexiones (Viga Benkelman) para determinar su valor estructural residual.

‘Dentro de las características superficiales se incluirá información acerca de baches, drenaje, condiciones ambientales y principalmente el tipo y cantidad de fisuración. Los daños superficiales se podrán clasificar en deformaciones, fisuraciones, agrietamientos, desprendimientos y afloramientos.

‘Con base en los parámetros ya mencionados **identificaremos las zonas y/o sitios, cuyo mantenimiento y/o reparación sea de tipo puntual o de refuerzo continuo.**

*Las principales técnicas de reparación puntual **podrían**<sup>214</sup> ser:*

*‘Parcheo*

*‘Sellado de Grietas*

**‘En los años 7 y 8, y 13 y 14 se tiene previsto<sup>215</sup> colocar una carpeta asfáltica de refuerzo de 5.0 cms de espesor a todo lo largo de la vía.**

**‘La verificación del espesor del refuerzo se definirá con base en el método Shell, que considera el análisis elástico esfuerzo - deformación de las diferentes capas de la estructura existente. El tipo de refuerzo será en principio concreto asfáltico de sello o de rodadura, aunque la evaluación detallada durante la etapa de operación y mantenimiento concluirá en el más conveniente y ECONÓMICO.’**

“Como abre bocas del análisis que a continuación desarrollamos, es oportuno llamar la atención de Sus Señorías en el sentido que el texto que desarrolla el numeral 9.2 se encuentra plagado de conjugaciones verbales y construcciones fraseológicas que comportan condicionalidad, actividades de futuro, obligaciones facultativas u optativas y meras hipótesis; en fin, no desarrollan obligaciones claras, puras y simples, de inmediata exigibilidad y unívoco entendimiento.

“Del texto transcrito se debe concluir lo siguiente:

“El Concesionario durante la etapa de confección de los diseños definitivos debía cuantificar el alcance de los trabajos requeridos, los cuales, en cuanto al mantenimiento periódico en derredor del cual se discute, incluían, a guisa de ejemplo y no de relación taxativa o exhaustiva, trabajos de parcheo, colocación de sobre carpetas, revaluación de la señalización horizontal, re conformación de taludes, suministro e instalación de delineadores de ruta, señales verticales, poste de referencia, reparación de obras de arte.

“En simples términos, lo que quería esto decir es que, recibidas las vías, había de analizarse su estado para cuantificar qué debía hacerse en cuanto a éstos rubros de mantenimiento. De consiguiente, el contenido obligacional se derivaba del examen que debió hacerse en las postrimerías del año de 1994 y los albores de 1995. Sin perjuicio, desde luego, que durante toda la duración del Contrato, tales exámenes del estado de las vías, debían hacerse con el fin de actuar lo conducente a cumplir el *Índice de Estado*.

“Más adelante, el texto del numeral 9.2 se detiene a analizar en concreto el denominado Mantenimiento Periódico y define cuáles son los frentes básicos que éste ha de comprender, identificándolos como: (i) estructura de pavimento; (ii) señalización y seguridad vial; y, (iii) mantenimiento de obras de drenaje y de andenes.

“Como herramienta auxiliar útil para actuar en esos frentes básicos de trabajo, era necesario incurrir en una evaluación periódica del pavimento existente desglosada en dos vertientes: la primera, dirigida a constatar las características superficiales de las vías (Iri, fisuras, deslizamiento, ahuellamiento, estado de las bermas, señalización vertical, demarcación horizontal, entre otros aspectos) y, un segundo frente, direccionado a determinar la deflexión característica con el fin de calcular el *valor estructural residual* de las vías.

“Útil es precisar que los primeros indicadores técnicos, en su conjunto, representan el tan acudido *Índice de Estado*; el cual, patentizaba una exigencia permanente; huelga decir, exigible durante toda la duración del contrato respecto de todas las vías, hayan sido éstas objeto de simple mantenimiento, rehabilitación, mejoramiento o construcción.

---

<sup>214</sup> Nota de pie de página del alegato de conclusión de la Convocante: “<sup>7</sup> Futuro hipotético de probabilidad «Corresponde a este tiempo la expresión de la probabilidad referida al pasado o al futuro. <http://hispanoteca.eu/Lexikon%20der%20Linguistik/f/FUTURO%20HIPOT%C3%89TICO.htm>”

<sup>215</sup> Nota de pie de página del alegato de conclusión de la Convocante: “<sup>8</sup> previsto, ta. 1. part. irreg. de prever. 1. tr. Ver con anticipación. 2. tr. Conocer, conjeturar por algunas señales o indicios lo que ha de suceder. 3. tr. Disponer o preparar medios contra futuras contingencias. <http://dle.rae.es/?w=diccionario>”

“El *Índice de Estado*, como sin discusión alguna ha sido admitido, tiende a otorgar al usuario condiciones de confort y seguridad<sup>216</sup> al transitar por sobre las vías; esto es, se limita a examinar y diagnosticar las características superficiales de éstas y no a verificar si la estructura del pavimento que las conforman muestra las características mínimas requeridas por el contrato para el logro de una vida residual, allende el mínimo lapso exigido por el contrato (2 años).

“Este último aspecto se refiere a la durabilidad de una vía, habida cuenta del volumen de tránsito y características del que se constituye en su usuario. En suma, no basta que la vía sea segura y confortable, es preciso que, además, garantice la duración mínima del pavimento exigida por el contrato.

“Ahora bien, como un instrumento o aparato apto para determinar la deflexión se utilizaba, en tiempos pretéritos, la llamada Viga Benkelman, hoy sustituida por un utensilio de mayor precisión conocido como Deflectómetro de Impacto. Uno y otro dispositivo son aptos para la misma detección y, en tanto ello, la utilización de uno u otro resulta irrelevante. Sobre este aspecto invitamos a Sus Señorías a releer lo que en extenso expusimos con ocasión a la demanda de reconvención, en su versión original.

“Lo que dice la oferta es que la información recabada respecto de las características superficiales (*Índice de Estado*), conducirá a intervenir las vías tantas cuantas veces ello sea necesario para conducir al logro del *Índice de Estado* que, repetimos, es comprensivo de todas y cada una de las características superficiales de una vía y que debe ser logrado de manera que se iguale o sobrepase el factor mínimo exigido; en el caso 4.0.

“La condición superficial de la vía, prosigue el numeral 9.2, y en concreto su examen determinaría qué tipo de mantenimientos o reparaciones de tipo puntual o de refuerzo continuo serían necesarias para la obtención de lo buscado. Esas intervenciones **PODRÍAN SER** o consistir en parcheo o sellado de grietas.

“Complementariamente la oferta, de manera hipotética expresó que: ‘en los años 7 y 8, y 13 y 14 **SE TIENE PREVISTO** colocar una carpeta asfáltica de refuerzo de 5.0 cms de espesor a todo lo largo de la vía’.

“Este texto, nada distinto significaba a que si los exámenes sobre la vía determinaban la necesidad de incurrir en el recapeo, así debía actuarse, no constituyendo una *camisa de fuerza*; pero, por contrario, tampoco significaba la entronización de una *patente de corso* para no intervenir las vías en manera alguna. **NO**, lo que significaba es que el aludido recapeo debía hacerse tantas cuantas veces fuese necesario para cumplir con las obligaciones de resultado asumidas por el Concesionario; puntualmente dos: (i) mantener las vías cumpliendo el *Índice de Estado* durante toda la vigencia del contrato; y, (ii) al momento de la reversión, entregar las vías al Estado de manera que la estructura de sus pavimentos garantizase una *vida residual* mínima de dos (2) años.

“Constituiría un despropósito entender este párrafo como la consagración de una obligación de recapeo aun cuando este fuese innecesario y, al revés, entender que aunque las vías se encontrasen deterioradas por cualquier causa o razón, éstas no debían ser objeto de recapeo sino en los específicos años a que hipotéticamente aludía la oferta.

---

<sup>216</sup> Nota de pie de página del alegato de conclusión de la Convocante: “9 Transcripción de la Audiencia de 19/10/18. Declaración de Luis Eduardo Gutiérrez. Página 12. ‘(...) SR. GUTIÉRREZ: Bueno, lo que establecen los contratos, es no puedo hablar sin la teoría de cómo funciona esto, y usted lo conoce, lo que el establece el contrato es que el índice de estado es una medición que se hace a la infraestructura vial para medir el confort de la vía, es que la gente sienta que la vía está cómoda al usuario, entonces usted tiene unos indicadores que le miden al final es confort de la vía, eso es lo que significa a grandes rasgos el índice de estado. (...)Entonces, cuando él me iba a devolver la infraestructura lo mínimo era que se hiciera la sobre carpeta **para garantizar hoy el confort**, el nivel de servicio de la vía, lo medimos y dio hoy el índice de estado (...)’.

Página 17. ‘(...) SR. GUTIÉRREZ: Sí, claro, entonces, en el manual existente hoy en Colombia de diseño geométrico del Inviás que es la entidad que regula la normatividad de la infraestructura carretera, se establece que todos los asfaltos tienen una base, subbase y una capa granulada, cuando usted mide el índice de estado que son IRI, rugosidad, ahuellamiento, resistencia al deslizamiento, cuando usted mide esos indicadores los indicadores lo que le permiten es evaluar la capa de rodadura, o sea, el confort de la vía. (...)’



“Como colofón del numeral 9.2 y de manera coherente con lo que se acaba de exponer, se acudía a un método técnico orientado a saber, si era del caso, el espesor del refuerzo que hipotéticamente habría de colocarse sobre el pavimento. Ese método es el conocido como *Shell*, que no constituye nada diferente a un procedimiento técnico matemático que toma en cuenta el estado actual del pavimento y las proyecciones de tráfico para calcular qué refuerzo ha de ser implantado sobre las vías para conducirlos a una duración horizonte que el contrato exija o el constructor quiera lograr.”<sup>217</sup>

“Tiénese entonces, además de lo dicho en precedencia, que lo ofertado por los Partícipes de la Promesa de Unión Temporal para el Desarrollo del Norte de Bogotá **DEVINORTE** quedó sujeto en un todo a la verificación que se hiciera en el futuro de las necesidades de reparación que puntualmente requiriera la vía, siendo claro de esa manera que el Mantenimiento Periódico constituía y constituye una obligación condicional<sup>218 219</sup> en tanto y por cuanto ninguna intervención debía hacerse en el corredor vial concesionado si la Estructura de Pavimento medida y evaluada no la demandaba.

“Por otro lado, en derredor de lo Ofertado en cuanto a la colocación de una sobre carpeta asfáltica en los años 7 y 8, y 13 y 14, es claro que tal intervención en las vías sería pasible de actuarse, si y solo si la Estructura del Pavimento así como su capa superficial luego de ser escudriñadas mediante la utilización de la Viga Benkelman así lo demandaban. Preciso es anotar que en todo caso lo Ofertado en relación con el punto del que se viene hablando no fue otra cosa que una **estimación** de las épocas en que podría ser intervenida la vía según los resultados que arroja, se insiste, el diagnóstico que se lograra aplicando los métodos técnicos ya anotados.

“En todo caso sobre este último punto y dado que el mismo se constituye en una discusión de puro derecho, baste con señalar que los hechos probados dan cuenta del cumplimiento por parte de la Unión Temporal Devinorte y sus Partícipes de todo cuanto fue ofertado; pues, de un lado, la Oferta se encuentra debidamente incorporada al Plenario y su literalidad se lee en dicho documento, y por otro lado, en lo tocante al cumplimiento de los indicadores relacionados con el Índice de Estado y la condición de vida remanente de 2 años seguidos a la época de la Reversión, el Dictamen de Parte entregado por la Convocante y elaborado por el Ingeniero Civil Jaime Bateman –*el cual no fue objeto de reparo por parte de la ANI*- confirmaron el estado óptimo de las vías al momento de su entrega a la Nación y por ende es claro que ninguna obligación fue incumplida, de manera tal que no existe débito obligacional en cabeza de la Unión Temporal Devinorte ni de sus Partícipes que se encuentre pendiente de ‘*pago*’.

“Finalmente, y en abundancia de razonamientos, como lo desplegamos con ocasión de la Contestación a la Demanda de Reconvencción (en sus versiones original y reformatoria) recordamos la no coincidencia uniforme de los años 7 y 8 y 13 y 14, según número de orden, con los correspondientes años calendario identificados por la Convocada, en tratándose de cada Tramo o Trayecto de los que constituyen el alcance del Contrato; y en aras de no fatigar a Sus Señorías con la lectura del análisis que sobre tales asuntos ya se hizo, les remitimos al documento de Contestación a la Demanda de Reconvencción reformada, en específico, a sus páginas 9 y 10.

#### “IV.2 NOCIÓN OBLIGACIONES DE MEDIO Y DE RESULTADO

---

<sup>217</sup> Nota de pie de página del alegato de conclusión de la Convocante: “<sup>10</sup> Este aspecto se desarrolla con exhaustividad en la contestación a la demanda de reconvencción, en su versión original.”

<sup>218</sup> Nota de pie de página del alegato de conclusión de la Convocante: “<sup>11</sup> Código Civil. Artículo 1530. <DEFINICION DE OBLIGACIONES CONDICIONALES>. Es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro, que puede suceder o no.”

<sup>219</sup> Nota de pie de página del alegato de conclusión de la Convocante: “<sup>12</sup> Régimen General de las Obligaciones, Ospina Fernández, Séptima Edición. Página 221. CARACTERÍSTICAS DE LA CONDICIÓN. –Resulta, pues, que esta modalidad tiene dos notas esenciales, a saber: a) debe consistir en un hecho futuro, lo mismo que el plazo, requisito que se entiende en relación con el momento en que el derecho normalmente debería nacer de no haber intervenido la modalidad, v.gr., el de la celebración del contrato o el del otorgamiento del testamento (art. 1129), y b) el hecho debe ser incierto, es decir, que no pueda saberse si se realizará o no; constituyen condición la llegada de un barco a puerto o de una persona a la edad de veintiocho años, pues de ante mano no se puede saber con certeza si el barco llegará a puerto o naufragará, ni si la persona indicada cumplirá veintiocho años o morirá antes. Como se observa, por este último aspecto la condición difiere del plazo que es siempre cierto, o sea, que de antemano se sabe que ocurrirá el hecho que lo constituye, aunque no se sepa precisamente cuándo. (...)”

“Como quedó dicho desde la demanda con la cual se dio inicio al presente Trámite Arbitral, en el pasado, entre las mismas Partes se surtió un Tribunal de Arbitramento en el que solucionaron diferencias existentes entre ellas con ocasión de la ejecución del Contrato No. 0664 de 1994. En lo que hace a la temática relacionada con el Mantenimiento Periódico, que hoy nuevamente enfrenta a las Partes, en el Tribunal de Arbitramento antes aludido se celebró un Acuerdo Conciliatorio en el que lo reclamado por la Agencia en punto al Programa de Mantenimiento fue resuelto mediante el desistimiento de las pretensiones 4.1.13, 4.1.13.1 y 4.1.13.1.2 que se basó en los Fundamentos Facticos y Jurídicos que también se mostraron en la demanda inicial y que en todo caso, por ser imperiosos, se transcriben a continuación:

*‘Aspectos fácticos: En el decurso del proceso de negociación del presente Acuerdo Conciliatorio, las Partes llegaron a la conclusión que el programa de mantenimiento periódico tiene como único y exclusivo propósito el de mantener la vía de manera que por sus condiciones constructivas y de estado logre exhibir el Índice de Estado exigido por el contrato.*

*‘También constataron las Partes, **principalmente la Convocada**, que durante todo el período de vigencia del Contrato en su Etapa de Operación, las vías han exhibido un Índice de Estado superior a la calificación de 4.0 exigida por los pliegos y el Contrato.*

*‘Aspectos jurídicos: Siendo entonces la obtención del Índice de Estado una obligación de resultado, es claro que el medio para obtenerlo solo es exigible en la medida que su ejecución sea un requisito ‘sine qua non’ para lograr el fin perseguido; por manera que obtenido éste, resulta inexistente por inconducente el medio estipulado para lograr el propósito final.*

*‘Pruebas: Informe de ICITY relativo al Índice de Estado durante la vigencia del contrato de Concesión 0664 de 1994. Este informe comprueba que durante todo el tiempo de duración del Contrato de Concesión, el Índice de Estado exigido a los Partícipes de la Unión Temporal ha sido cumplido (...)’<sup>220</sup> (Destacado y negrillas fuera de texto original)*

“Siendo lo anterior así y dado que el Acuerdo Conciliatorio del que se viene hablando fue adoptado como parte integral del Laudo Arbitral proferido el 6 de octubre de 2016 y tomando en cuenta que lo decidido en el Laudo es vinculante para las Partes, claro es concluir que habiendo las mismas consensado que el Mantenimiento Periódico era una obligación cuyo único fin era la obtención del Índice de Estado exigido por el Contrato (calificación de 4.0) no es posible ahora discutir lo anterior pues lo Conciliado entre las Partes y resguardado en el Laudo Arbitral tiene efectos de cosa juzgada. Amén de que se encuentra plenamente probado que tal condición de las vías se ostentó hasta el mismo día 30 de noviembre de 2017, a las 23:59 horas, momento de la reversión de la infraestructura concesionada.

“Finalmente, como quiera que las Partes en el Acuerdo Conciliatorio bajo el título Aspectos Jurídicos (tomados en cuenta para el desistimiento de las Pretensiones de la ANI) definieron que la obtención del Índice de Estado representaba una obligación de resultado y el Mantenimiento Periódico el medio para obtener dicho fin, es obvio de toda obviedad, que en tanto las vías exhibieron durante toda la vigencia del Contrato el nivel del Índice de Estado exigido<sup>221</sup> por el mismo Contrato y el Manual de

---

<sup>220</sup> Nota de pie de página del alegato de conclusión de la Convocante: “<sup>13</sup> Acuerdo Conciliatorio celebrado el día 30 de octubre de 2015 entre la Agencia Nacional de Infraestructura ANI y la Unión Temporal DEVINORTE, pp. 42 - 43.”

<sup>221</sup> Nota de pie de página del alegato de conclusión de la Convocante: “<sup>14</sup> Contrato de Concesión No. 0664 de 1994. **CLAUSULA VIGESIMA QUINTA. CONSERVACION Y MANTENIMIENTO DEL PROYECTO. (...) PARAGRAFO PRIMERO. NIVEL DE SERVICIO DURANTE LA ETAPA DE OPERACIÓN.** Durante la ejecución de la etapa de operación, el funcionamiento del proyecto se ajustará a lo establecido en el **Reglamento de la Operación de la Carretera, Anexo.** LA UNION TEMPORAL CONCESIONARIA se obliga a mantener el proyecto con un nivel de servicio que alcance una calificación mínima de **4.0** puntos, conforme a las **‘Normas de Mantenimiento para Carreteras Concesionadas’**, que forman parte del pliego de Condiciones. Las revisiones se efectuarán cada tres meses.

**CLAUSULA VIGESIMA SEXTA. ENTREGA FINAL.** Al vencimiento de la etapa de operación, los bienes afectados a la concesión del proyecto, en los que se incluyen: los predios para la zona de carretera, la obra civil, calzadas, separadores, intersecciones, estructuras, obras de drenaje, obras de arte y señales, las casetas de peaje y sus áreas de servicio y los equipos instalados para a operación del proyecto, revertirán el favor del INSTITUTO, sin costo alguno, libres de todo gravamen y con un nivel de servicio que alcance una calificación mínima de **4.0** puntos, de acuerdo con las **‘Normas de Mantenimiento para Carreteras Concesionadas’**, que forman parte del pliego de condiciones.”

Operación<sup>222</sup>, no resultan exigibles actividades conducentes a obtener lo ya logrado; desde luego que estas resultarían innecesarias, sino superfluas.

“Cuestión similar ocurre con la vida remanente de las vías luego de producida la Reversión. La misma se fija en dos (2) años<sup>223</sup> que es el resultado de interpretar la obligación aseguraticia relacionada con la estabilidad de las obras. Entonces demostrado como está que el sistema vial Concesionado exhibe una vida remanente superior a dos (2) años, en aplicación de los mismos razonamientos antes explayados ningún debido puede serle exigido a mí representada en frente de lo que a voces de su Oferta denomina como *‘valor estructural residual’*.”

#### **“IV.3 LO OCURRIDO DURANTE LA VIGENCIA DEL CONTRATO EN RELACIÓN CON EL ÍNDICE DE ESTADO.**

“A lo largo de la vida del Contrato de Concesión No. 0664 de 1994 la Unión Temporal DEVINORTE cumplió sobradamente con la obligación de resultado correspondiente a la obtención del *Índice de Estado* en calificación igual a 4.0. De hecho, todas las mediciones adelantadas por las Interventorías desde el inicio y hasta la finalización del Contrato de Concesión mostraron calificaciones superiores a la exigida contractualmente situándose la última, adelantada en el mes de diciembre de 2017 por el Consorcio ICITY, en una calificación de 4.57<sup>224</sup>. Este resultado es coincidente, en cuanto al hecho de cumplir, con lo Dictaminado por el Ingeniero Jaime Bateman, quien lo situó en el 4,62<sup>225</sup>.

“Ahora bien, con ocasión del Acuerdo Conciliatorio celebrado por las Partes al interior del Proceso Arbitral surtido entre ellas en el pasado, se dejó expresa constancia de cómo el Concesionario había cumplido con su obligación, de tracto sucesivo, de obtención del *Índice de Estado* con calificación superior a 4.0. Lo dicho quedó contenido en el Acuerdo Conciliatorio en los siguientes términos:

*Pruebas: Informe de ICITY relativo al Índice de Estado durante la vigencia del contrato de Concesión 0664 de 1994. Este informe comprueba que durante todo el tiempo de duración del Contrato de Concesión, el Índice de Estado exigido a los Partícipes de la Unión Temporal ha sido cumplido (...)*<sup>226</sup>

#### **“IV.4 LO LOGRADO EN CUANTO DICE RELACIÓN A LA VIDA RESIDUAL DE LAS VÍAS**

“Como consecuencia lógica del permanente, que no simplemente itinerante, recapeo o reforzamiento de la estructura del pavimento de las vías, a la finalización del Contrato de Concesión No. 0664 de 1994, esto es, a 30 de noviembre de 2017, la *vida residual* de las vías que conforman el Proyecto Vial Concesionado se debía extender más allá de dos (2) años (que era lo exigido contractualmente). Así se probó al interior del presente Proceso Arbitral según da cuenta lo Dictaminado por el Perito de Parte Jaime Bateman Durán en su informe de Diciembre de 2017, introducido al Proceso en el mes de Enero de 2018.

---

<sup>222</sup> Nota de pie de página del alegato de conclusión de la Convocante: “<sup>15</sup> 9.- CONDICIONES PARA EL PAVIMENTO.- La UNIÓN TEMPORAL CONCESIONARIA deberá realizar los trabajos de conservación, reparación y reconstrucción, necesarios para cumplir con las Normas de Mantenimiento de Carreteras Concesionadas, y un Índice de Estado de cuatro (4)”

<sup>223</sup> Nota de pie de página del alegato de conclusión de la Convocante: “<sup>16</sup> Contrato de Concesión No. 0664 de 1994. **CLAUSULA VIGESIMA SEGUNDA. GARANTIA UNICA DE CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL CONTRATO.** LA UNION TEMPORAL CONCESIONARIA se compromete a construir, dentro de los diez (10) días calendario siguientes a la fecha de suscripción del presente contrato, una póliza a favor del INSTITUTO, expedida por compañía de seguros autorizada para funcionar en Colombia o garantía bancaria que garantice lo siguiente: (...) 3.- La Estabilidad de las obras por un valor equivalente al cinco por ciento (5%) del costo real de las obras ejecutadas, durante la etapa de construcción, ajustado a la fecha en que se constituya la garantía, por un término de dos (2) años contados a partir de la fecha en finalice la etapa de operación, previa la liquidación del contrato.”

<sup>224</sup> Nota de pie de página del alegato de conclusión de la Convocante: “<sup>17</sup> Ver Informe de Índice de Estado elaborado por el CONSORCIO ICITY”

<sup>225</sup> Nota de pie de página del alegato de conclusión de la Convocante: “<sup>18</sup> Ver el Dictamen Pericial de Parte elaborado por el Ingeniero Jaime Bateman.”

<sup>226</sup> Nota de pie de página del alegato de conclusión de la Convocante: “<sup>19</sup> Acuerdo Conciliatorio celebrado el día 30 de octubre de 2015 entre la Agencia Nacional de Infraestructura ANI y la Unión Temporal DEVINORTE, p. 43”

“En efecto, al absolver la pregunta formulada respecto de la vida residual de las vías objeto del Contrato de Concesión No. 0664 de 1994 el Perito manifestó:

*‘SEGUNDA PREGUNTA: Establecer si las condiciones superficiales actuales del pavimento y su estructura garantizan la estabilidad de las vías objeto del Contrato de Concesión No. 0664 de 1994 por un periodo igual o superior a dos (2) años.*

*‘RESPUESTA: Tomando en cuenta los referentes antes enunciados y las pruebas efectuadas se concluye que todos y cada uno de los Tramos que en conjunto conforman el sistema vial concesionado y el total que representan éstos muestran una condición superficial actual del pavimento y de su estructura que garantiza una estabilidad igual o superior a dos (2) años.*

*‘La conclusión acabada de expresar por el suscrito perito se extrae del Anexo No. 1 que se allega con este escrito.’*

#### “IV.5 LO LAUDADO

“El 6 de octubre de 2016 el Panel Arbitral conformado por los Doctores Jorge Enrique Ibáñez (Presidente), Myriam Guerrero de Escobar y Antonio Pabón Santander, profirió el Laudo que resolvió las controversias remanentes (luego del Acuerdo) propuestas al interior del arbitraje que tuvo como Convocantes y Convocados en Reconvencción a los Partícipes de la Unión Temporal para el Desarrollo del Norte de Bogotá, y como Convocada y Demandante en Reconvencción a la Agencia Nacional de Infraestructura-ANI. La misma Providencia acogió como parte de ella el Acuerdo Conciliatorio celebrado el 30 de octubre de 2015 entre las Partes litigantes.

“Entre otros muchos asuntos, la Providencia se ocupó de dirimir en única instancia con autoridad de cosa juzgada material las disputas que enfrentaron a las Partes intervinientes. Dos de ellas principalísimas referidas a la obligación de Mantenimiento Periódico y a los Ingresos por Publicidad.

“Al punto es importante relieves que las controversias atinentes a los dos anteriores aspectos fueron objeto de composición entre las Partes mediante el Acuerdo Conciliatorio de 2015 que, previamente a la adopción del Laudo de 6 de octubre de 2016, ya había sido aprobado por el Panel, mediando la vista favorable del Delegado del Ministerio Público.

“En cuanto dice relación a estas dos disputas lo conciliado se concretó en el texto incorporado en el Acuerdo.

“En cuanto hace al Programa de Mantenimiento lo acordado fue ya transcrito en el Capítulo IV.2, página 14, de éste documento y a él nos remitimos. En punto de los Ingresos por Publicidad lo acordado se concretó en el numeral 1.3 de la Cláusula Segunda ubicado en la página 52 de 81 del texto siendo su literalidad la que se reproduce a continuación:

*‘1.3. Imputar como partida de ingreso en el modelo financiero de la Concesionaria la absoluta totalidad de los dineros recibidos por la explotación publicitaria de la vía en los sitios de recolección del peaje (Los Andes, Fusca y Teletón) y los que se perciban por este concepto hasta la terminación del Contrato de Concesión 664 de 1994, cifra que será certificada por la fiduciaria que administra el patrimonio autónomo Devinorte, respecto de lo percibido y de lo que en adelante se perciba’ (Hemos destacado)*

“En adición de lo acordado el Laudo Arbitral discurrió sobre los mencionados asuntos disponiendo de manera expresa que todas las controversias salvadas por el Acuerdo Conciliatorio (desistimiento mutuo de pretensiones y excepciones de mérito) por ser de contenido patrimonial serían en su integridad transigibles y en ese sentido simplemente fue incorporado el Acuerdo de Conciliación del 30 de octubre de 2015 en su texto y alcance, en el Laudo Arbitral de 6 de octubre de 2016.<sup>227</sup>

“Es ineluctable concluir que de los acuerdos y consideraciones *ratio decidendi* y *obiter dicta* incorporados a uno y otro documento, se extraen las siguientes conclusiones:

---

<sup>227</sup> Nota de pie de página del alegato de conclusión de la Convocante: “<sup>20</sup> Ver Páginas 10 a 26 del Laudo Arbitral de 6 de octubre de 2016. Capítulo 4.26. APROBACIÓN DEL ACUERDO CONCILIATORIO PARCIAL”

- Que constituyen obligaciones de resultado, de una parte, la puesta a punto de las vías para que muestren un *Índice de Estado* igual o superior a 4.0 y, de otra, la intervención de los pavimentos que las conforman por manera que los mismos ostenten una *vida residual* o *valor estructural residual* igual o superior a dos (2) años. Objetivos estos de obligatorio cumplimiento mediante la realización de las actividades que comprende el llamado Mantenimiento Periódico; las cuales, huelga decir, tan solo serán exigibles en la medida que los fines perseguidos a través de ella no se encuentren obtenidos en la realidad
- Entonces, que las actividades de imposición de sobre carpeta asfáltica sobre las vías conformantes del Sistema Vial para el Desarrollo del Norte de Bogotá cuya Operación y Mantenimiento representan, entre otros débitos obligacionales, el objeto del Contrato de Concesión No. 0664 de 1994, únicamente resultan exigibles en la medida que su ejecución conduzca a la obtención del fin; esto es, situar las vías en cumplimiento del *Índice de Estado* de 4.0 exigido por el Manual de Operación que forma parte del Contrato de Concesión y dotar a estas de un *valor estructural residual* o *vida remanente* de dos (2) años.
- Que el Laudo fue proferido el día 6 de octubre de 2016 y éste, entre otras muchas probanzas, tuvo como veneno de constatación de la situación fáctica analizada los Dictámenes Periciales de linaje Técnico, Contable y Financiero producidos en el decurso del Arbitraje del que hablamos, que luego de las correspondientes aclaraciones y complementaciones no fueron objeto de glosa alguna por los Intervinientes; y que dichos Dictámenes, particularmente el Técnico y el Contable, confirmaron que los Convocantes habían incurrido en actividades de reforzamiento de la capa asfáltica (Recapeo) en distintas oportunidades temporales y por las cuantías dinerarias que uno y/u otro Dictamen tuvieron por ciertas.
- Que el Laudo, entonces, tuvo en cuenta todos los hechos sucedidos en punto a esta materia hasta la fecha de su adopción; cuestión esta esencial si se tiene que las Pretensiones de la Demanda de Reconvencción extrañan un supuesto Recapeo que debía tener lugar o efecto entre abril de 2014 y el mismo mes de 2016 a la luz del dicho conteste de los testigos, funcionarios de la Agencia Nacional de Infraestructura-ANI, convocados por ésta misma.
- Ciertamente, de manera univoca los funcionarios de la ANI conminados a rendir testimonio afirmaron que el supuesto último Recapeo que debía efectuar el Concesionario había debido ser realizado entre los años 2014 y 2016<sup>228</sup> y ocurre que los hechos probados en el anterior Arbitraje corresponden a lo ocurrido hasta la fecha de Laudación, esto es, 6 de octubre de 2016. Por manera que ese tantas veces invocado último Recapeo fue objeto de consideración (haya o no sucedido) a propósito del Laudo, y tomado en cuenta para el establecimiento de la fecha de

---

<sup>228</sup> Nota de pie de página del alegato de conclusión de la Convocante: “<sup>21</sup> Transcripción de la Audiencia de 05/10/18. Declaración de Diana Ximena Corredor. Páginas 7 y 8 ‘(...) Si bien es cierto, que en el año 2015 se hizo una conciliación referente al periodo de mantenimiento que estaba entre el 2004, 2005, 2009, 2010 no obstante cuando uno va y verifica el modelo financiero evidentemente encuentra que existe un egreso, **que está contemplado en el modelo entre el año, si mi memoria no me falla, entre abril del 14 y abril del 16.** (...) SR.A. CORREDOR: Lo que pasa es que digamos que en el modelo financiero tenía unos rubros de unas inversiones, unos egresos y están contemplados en diferentes años del modelo financiero, en el 2004-2005 había una operación de mantenimiento periódico en el 2009-2010 había otra obligación de mantenimiento periódico y esto fue conciliado digamos en el tribunal del 2016 y adicional **hay otra obligación de mantenimiento periódico en el periodo de abril del 14 a abril del 16.** (...)’

-Transcripción de la Audiencia de 05/10/18. Declaración de José Román Pacheco. Página 31. ‘(...) SR. PACHECO: El programa de mantenimiento exigía el cumplimiento de unas intervenciones en determinados años, la conciliada en el año 2016 se refería al cumplimiento de la obligación para unos años particulares de acuerdo con lo que establecía el programa de mantenimiento.

Luego no se conciliaron los mantenimientos que venían posterior a ello para otros años que era el 13 y 14, los conciliados eran unos particulares que tuvieron unas condiciones y unos análisis previos sustentados obviamente en unos análisis técnicos que ofreció la Interventoría.’ Página 36. ‘(...) DR. LÓPEZ: Usted afirmó en respuesta anterior que había unos años en donde debía hacerse recapeo con la imposición de una sobrecarpeta de 5 centímetros que habían sido incumplidos es decir, que la Concesionaria no había, hecho es actividad, usted recuerda o puede especificar cuáles específicos años son los que usted se refiere?

SR. PACHECO: 2004-2005, 2008-2009 perdón 2009-2010, 2004-2005 2009-2010’

-Transcripción de la Audiencia de 19/10/18. Declaración de Luis Eduardo Gutiérrez. Página 27 ‘(...) DR. LÓPEZ: Entonces, cómo debo entender su afirmación en el sentido de que cuando en octubre del 2015 se firmó el acuerdo conciliatorio este abarcaba todo lo sucedido antes de esa fecha, ¿es correcto?, lo entendí así.

SR. GUTIÉRREZ: Sí, claro, de ahí hacia atrás.

DR. LÓPEZ: Por consiguiente abarcaba los años 2004, 2005, 2009 y 2010 ¿es correcto?, es obvio.

SR. GUTIÉRREZ: Sí, abarcaba todo lo que pasó desde el año 2015 hacia atrás. (...)”

terminación de la Etapa de Operación fijada como cierta, en aplicación del Modelo Financiero, para que el Concesionario obtuviese la TIR del 10,93% en términos reales.

#### **“IV.6 LO PROBADO RESPECTO DEL ACTUAL ESTADO DE LA VÍA**

“Coincidentemente las pruebas documentales, periciales y testimoniales demuestran que las vías conformantes del Sistema Vial para el Desarrollo del Norte de Bogotá durante todo el iter contractual han cumplido en demasía con la calificación del Índice de Estado (4.0) exigida y con la Deflectometría, en el sentido de que el Sistema Vial Concesionado que fue objeto de reversión exhibe una vida residual superior a dos (2) años. Helas aquí:

- **Acuerdo Conciliatorio**
- **Testimonios**
- **Dictamen Pericial**
- **Oficio Interventoría**

#### **“IV.7 LO ACTUADO CON MIRAS A OBTENER EL ÍNDICE DE ESTADO Y LA VIDA RESIDUAL DE LAS VÍAS**

“Es preciso recordar que las vías conformantes del Sistema Vial para el Desarrollo del Norte de Bogotá, en los términos del Contrato de Concesión No. 0664 de 1994 y de sus numerosos Otrosíes, habían de ser pasibles de sendos y distintos tipos de intervenciones; vale decir de las que en la ingeniería se definen como Mantenimiento, Rehabilitación, Mejoramiento y Construcción.

“Lógicamente cada tipo de intervención connota lo que en la literatura técnica se define y reglamentariamente se adopta en el Manual de Diseño del Instituto Nacional de Vías –INVIAS; vinculante para todo aquel que trasiegue en el campo de la Ingeniería de Vías.

“Con independencia a la clase de intervención que el Concesionario debía acometer respecto de cada uno de los segmentos de vía concesionados, lo cierto es que todos ellos debían exhibir durante toda la vigencia del Contrato de Concesión No. 0664 de 1994 el *Índice de Estado* con la calificación obligada y, a su terminación, ostentar las características estructurales que garantizasen una *vida residual* de por lo menos dos (2) años.

“Con el propósito de lograr dicho resultado es que el Concesionario incurrió en actividades de Mantenimiento Periódico y Rutinario en tiempos, características y montos de inversión suficientes para lograr los dos objetivos que le eran exigibles.

“Las actividades propias de Mantenimiento Periódico<sup>229</sup> y Rutinario<sup>230</sup> tradicionalmente se han definido así:

#### **“Mantenimiento Periódico**

“Se entiende por mantenimiento periódico, el conjunto de todas las obras a ejecutar en una vía, que se realizan en vías pavimentadas y/o en vías en afirmado, que comprende la realización de actividades de conservación y/o mantenimiento periódico, a intervalos variables, relativamente prolongados, destinados primordialmente a conservar el nivel de servicio, recuperar los deterioros de la capa de rodadura ocasionados por el tránsito y/o por fenómenos climáticos para reestablecer a condiciones tan semejantes como sea posible a aquellas con las que fue construida la vía con el fin de mantener las condiciones óptimas para la transitabilidad en esta y la operación adecuada en la prestación de servicios ofrecidos a los usuarios. El mantenimiento periódico también podrá contemplar la construcción de algunas obras de drenaje menores y de protección, faltantes en la vía. Las principales actividades son: Reconformación y recuperación de la banca; Limpieza mecánica y reconstrucción de cunetas;

---

<sup>229</sup> Nota de pie de página del alegato de conclusión de la Convocante: “<sup>22</sup> Nociones tomadas del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No LP-SGT-SRN-025-2013 abierto por el Instituto Nacional de Vías y de la Página web de la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI: <http://www.ani.gov.co/glosario/mantenimiento-periodico>”

<sup>230</sup> Nota de pie de página del alegato de conclusión de la Convocante: “<sup>23</sup> Portal Web de la Agencia Nacional de Infraestructura. Glosario. <http://www.ani.gov.co/glosario/mantenimiento-rutinario>”

Escarificación del material de afirmado existente; Extensión y compactación de material para recuperación de los espesores de afirmado iniciales; Reposición de pavimento en algunos sectores; Bacheo y/o Parcheo. Reconstrucción de obras de drenaje; Construcción de obras de protección y drenajes; Demarcación lineal; Señalización vertical. Todas las actividades comprendidas por este concepto se dirigen a obtener dos propósitos el *Índice de Estado* y el *valor estructural residual* de las vías.

#### “Mantenimiento Rutinario

“Es el conjunto de actividades rutinarias, necesarias para conservar el nivel de servicio (*Índice de Estado*) de todos los elementos de una carretera sometida a la acción normal del tránsito y de las fuerzas de la naturaleza, en condiciones tan semejantes como sea posible a aquellas con las que fue construida la vía. Estas se llevarán a cabo en forma continua. Estos mantenimientos contemplarán los deterioros ocasionados por el tránsito y por fenómenos climáticos tales como: las zonas laterales de protección de la vía, las intervenciones de emergencia en la banca, y las demás infraestructuras de servicio, con el fin de mantener las condiciones óptimas para la transitabilidad en la vía y la operación adecuada en la prestación de servicios ofrecidos a los usuarios. En suma las actividades requeridas para lograr situar los factores de los que se deriva el *Índice de Estado* en los niveles permitidos (IRI, Ahuellamiento, fisuramiento, deslizamiento, estado de las bermas, etc.)

“De los Dictámenes Técnico y Contable elaborados en el anterior Arbitraje y aducidos al presente por decisión oficiosa del Panel y solicitud de la Convocante, se extrae: (i) la descripción de las actividades realizadas; (ii) la oportunidad temporal en que fueron efectuadas; y, (iii) el monto de las inversiones que, como de tales experticias se deduce, superaron en su valor a las proyectadas; no obstante la irrelevancia de ello en tanto que constituyendo obligaciones de medio (como lo pregonan el Laudo y el Acuerdo Conciliatorio cobijado por éste), constatado el cumplimiento de la obligación de resultado (*Índice de Estado* y *Vida Residual*), la verificación de los medios dirigidos a obtenerla resultaba inocua, inane, irrelevante.

#### “IV.8 LO AFIRMADO POR LA INTERVENTORÍA

“Sin que haya sido discutido por nadie, se ha dicho que las Interventorías de los Contratos Estatales representan los ojos de la Entidad Contratante o Concedente sobre el devenir del convenio contractual. Durante el desarrollo del Contrato No. 0664 de 1994 varias connotadas firmas, de manera individual o través de un Consorcio, han fungido como tales. Todas ellas han coincidido en afirmar que el *Índice de Estado* de las vías se ha cumplido siempre, en términos superlativos.

“Pero afortunadamente para nuestro interés, luego de formulada la demanda arbitral la Convocada solicitó a la Interventoría actual, Consorcio ICITY, que manifestase su opinión técnica sobre el estado de las vías. Su dicho experto consta en el oficio ICITY-032-18 de marzo de 2018<sup>231</sup>, del cual nos permitimos extraer las siguientes afirmaciones:

(...)

*‘Ahora bien, tal como se establece en el numeral 12 de las consideraciones del Acuerdo Conciliatorio, el Consorcio ICITY emitió el oficio radicado ANI 2015-409-066240-2 del 14 de octubre de 2015 (el cual hace parte del acuerdo conciliatorio como Anexo No. 1), indicando:*

*‘La Interventoría, por medio de la comunicación ICITY-0400-14 del 1 de diciembre de 2014 con radicado en la ANI No. 2014-409-060338-2, se pronuncia sobre el estudio técnico del concesionario acerca del buen estado de la estructura y concluye que no procede dicho mantenimiento en ninguno de los sectores. Además, resalta que*

---

<sup>231</sup> Nota de pie de página del alegato de conclusión de la Convocante: “<sup>24</sup> El texto que transcribimos documenta lo que afirmamos; así: “(...) *Asunto: Concepto interventoría demanda arbitral Concesionario DEVINORTE – ANI 2017.*

*Respetado ingeniero Gutiérrez;*

*En atención al impulso del Tribunal de Arbitramento por parte de los integrantes de la Unión Temporal DEVINORTE: INTEGRA DE COLOMBIA S.A.S; CASTRO TCHERASSI S.A.; CIVILLA S.A.; OFINSA INVERSIONES S.A.S. (antes denominada C & E CONSOCIAL & ENFASEGUROS S.A CORREDORES DE SEGUROS); EQUIPO UNIVERSAL S.A.; G4S SECURE SOLUTIONS COLOMBIA S.A. - G4S (antes denominada WACKENHUT DE COLOMBIA S.A.); y, MINCIVIL S.A. en contra de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI, presentada el 12 de septiembre de 2017, a continuación exponemos nuestras precisiones (...)*”

*cuando se actualice el modelo financiero se debe definir la fecha de las inversiones estimadas para el mantenimiento periódico, relacionado con las capas de refuerzo asfáltico. De igual manera, en la comunicación ICITY-0143-15 radicado 2015-409-031746-2 dirigida a la ANI, en el literal b. mantenimiento periódico, la interventoría conceptúa que técnicamente el Concesionario está cumpliendo, pero al existir el rubro que afecta el modelo financiero y que no se ejecuta, debe aclararse contractualmente e indicar su incidencia en el modelo financiero.*

***‘A la fecha, la interventoría ratifica que conforme a las mediciones del índice de estado, que es el parámetro de medición contractual, el Concesionario cumple; que el estudio de deflectometría efectuado en el año 2014 permite concluir que no se requiere reforzar el pavimento; y por último considera que el modelo financiero debe ser actualizado en fechas y costos, teniendo en cuenta las inversiones realizadas y su desplazamiento en el tiempo, conforme al Tribunal de Arbitramento.’<sup>232</sup>***

*‘En el mismo sentido, consideramos pertinente atender a lo establecido en el concepto jurídico de la ANI Memorando No. 2015-306-011894-3 del 15 de octubre de 2015 (el cual hace parte del acuerdo conciliatorio como Anexo No. 1b), en el que se indicó por parte de la Gerencia de Defensa Judicial de la Entidad frente a la fórmula conciliatoria referida que:*

*‘Mediante comunicado ICITY-0400-14 del 01 de diciembre de 2014 con radicado ANI No 2014-409-060338-2, la interventoría, se refiere al estudio técnico presentado por el concesionario donde conceptúan que técnicamente la estructura se encuentra en buen estado, por lo que no es necesario realizar dicho mantenimiento en ninguno de los sectores de la concesión.*

***‘A la fecha, la Interventoría ratifica que conforme las mediciones del índice de estado, que es el parámetro de medición contractual, el Concesionario está cumpliendo y de igual forma, que como resultado del estudio de deflectometría efectuado en el año 2014 se concluye que no se requieren refuerzos de pavimento.***

*Por lo anterior y teniendo en cuenta que los recursos correspondientes al programa de mantenimiento periódico no se han ejecutado de acuerdo al cronograma establecido, las sumas dineradas que connoten una partida de ingreso o egreso imputable al Modelo Financiero, serán registradas y contabilizadas como resulte acorde a la manera como el Laudo Arbitral que se profiera defina debe ser interpretado y actuado tal instrumento de las finanzas del Contrato. De igual forma, todos los efectos financieros que generen las modificaciones de los cronogramas de inversión se realizarán según lo defina el Laudo Arbitral’.*

(...)

***‘En este punto en particular, es preciso recordar que si bien es cierto el parámetro de medición contractual corresponde al índice de Estado, tal como se ha expuesto anteriormente, el Concesionario ha realizado la ejecución de los estudios de refuerzo Viga Benkelman en el año 2006 y en el año 2014 (DVNB- 1604-14 y DVNB-1993-14) estudios que le permitieron concluir ‘que con base en las deflexiones del pavimento no se requiere la colocación de la capa de refuerzo en el momento’, especificaciones que en su momento permitieron la verificación por parte de la Interventoría y que se consolidaron en los oficios ICITY-0172-15 Radicado ANI 2015-409-036424-2 del 19 de junio de 2015 y ANI 2015-409-066240-2 del 14 de octubre de 2015.***

*‘A manera de conclusión de estos antecedentes, se considera:*

(...)

- ***Tal como se estableció en la propuesta presentada por el Concesionario para acceder al contrato de concesión No. 664 de 1994, ‘En los años 7 y 8, y 13 y 14 se tiene previsto colocar una carpeta asfáltica de refuerzo de 5.0 cms de espesor a todo lo largo de la vía’ teniéndose como punto de partida el inicio de la etapa de operación que tuvo***

---

<sup>232</sup> Nota de pie de página del alegato de conclusión de la Convocante: “<sup>25</sup> Consideraciones que habían sido expuestas igualmente en la comunicación ICITY-0172-15 Radicado ANI 2015-409- 036424-2 del 19 de junio de 2015”



efecto en mayo de 1999<sup>233</sup>.

(...)

- ***El Concesionario DEVINORTE adelantó estudios de refuerzo Deflectometría - Viga Benkelman, en el año 2006, los cuales sirvieron de fuente para determinar el espesor de sobrecarpeta instalada en las vigencias 2007-2008 al interior del proyecto; al igual que en el año 2014, los cuales sirvieron de base para desestimar su instalación en dicha vigencia.***
- ***Tal como se establece en los anexos 1 y 15 del Acuerdo Conciliatorio de 2015, la base para determinar que el Concesionario se encontraba cumpliendo su obligación a la fecha en materia de mantenimiento periódico - instalación de sobrecarpeta, correspondió al resultado del índice de estado y al análisis de la deflectometría (Viga Benkelman) elaborada por el Concesionario.***

(...)'

“Al ocuparse del **DICTAMEN PERICIAL APORTADO POR DEVINORTE** la Interventoría ICITY expresó:

*‘Aclarado lo anterior, teniendo en cuenta que a través de correo electrónico del 6 de marzo de 2018 por medio del cual el apoderado de la Entidad, remitió el dictamen pericial aportado por Devinorte de cara a la contestación de la demanda; dejamos a su consideración las siguientes precisiones:*

(...)

***‘Por lo tanto, la Interventoría considera que este ensayo, que según el informe aludido es del mes de diciembre de 2017, no contradice de manera sustancial el resultado de la calificación del Índice de Estado presentada a la Entidad y al Concesionario, mediante oficio ICITY-0-338-17, rad ANI 2017-409-135862-2 de 21-dic-2017, radicado al concesionario No.5830-17 de 21-dic-2017, efectuado en el mes de septiembre de 2017, en cuya labor en el informe se presentan los siguientes parámetros: rugosidad, ahuellamiento y deformaciones, fisuras y grietas, resistencia al deslizamiento y estado de las~bermas y que como resultado de la medición del Índice de Estado la calificación ‘es de 4,57 informe que reposa en los archivos de la Entidad y del Concesionario.***

*‘En lo que respecta al segundo interrogante, se indica: RESPUESTA: Tomando en cuenta los referentes antes enunciados y las pruebas efectuadas se concluye que todos y cada uno de los Tramos que en conjunto conforman el Sistema Vial Concesionado y el total que representan éstos muestran una condición superficial actual del pavimento y de su estructura que garantiza una estabilidad igual o superior a dos (2) años.*

*‘La conclusión acabada de expresar por el suscrito perito se extrae del Anexo No. 1 que se allega con este escrito.*

(...)

*‘Como ha expuesto la Interventoría a la Entidad previamente, la evaluación del índice estado se realiza para determinar el nivel de servicio de un pavimento, en función de: Rugosidad, Ahuellamiento y Deformaciones, Fisuras y Grietas, Resistencia al Deslizamiento y Estado de las Bermas; evaluando en consecuencia parámetros superficiales relacionados con la funcionalidad y seguridad de los usuarios de la vía concesionada.*

*‘De ahí la gran importancia de la evaluación estructural del pavimento para determinar la capacidad de la estructura vial concesionada, para cuantificar el valor residual o el cumplimiento de su vida útil por fatiga al servicio de la vía y la necesidad de rehabilitar en sitios identificados como secciones homogéneas el pavimento.*

---

<sup>233</sup> Nota de pie de página del alegato de conclusión de la Convocante: “<sup>26</sup> Este señalamiento del punto de partida para establecer los años calendario correspondientes al 7 y 8 y 13 y 14 de que habla la Oferta no coinciden con los que persistentemente ha reclamado la ANI como los acordados para incurrir en la actividad de recapeo.”

*'Finalmente, la Interventoría no se opone al resultado obtenido en el ensayo que según el informe aludido es del mes de diciembre de 2017, sumándose la acreditación demostrada del Perito Jaime D. Bateman Duran, los estudios y la vaga Experiencia con la participación en la elaboración de numerosos dictámenes en su calidad de Perito, ante los entes Judiciales, enumerados en el Dictamen pericial que nos ocupa, con la particularidad que a partir del cuadro consolidado, determina que la estructura de pavimento en los tramos y sectores objeto de análisis tiene una vida residual mínima de dos (2) años, a excepción del sector ubicado entre el 04+551 al 05+050 Calzada derecha, el cual en términos generales no se considera incidente al interior del estudio presentado'*

*“Desembocando en la **Conclusión** que reza:*

*'De acuerdo con lo anterior, en concepto de la Interventoría le asiste la razón al perito en la determinación del índice de Estado el cual, como se ha manifestado en anteriores ocasiones a la Entidad presenta un estado superior a 4.00.*

*'En lo que se refiere a la deflectometría por el método FWD, tal como se ha manifestado en los diferentes comités adelantados, en atención a que el Consorcio ICITY adelanta las actividades correspondientes a la liquidación del Contrato y que al momento de la suscripción del Otrosí No. 6 al Contrato de Interventoría SEA 073 de 2012, no se aprobó la inclusión del especialista en pavimentos, no le es viable emitir un concepto técnico respecto del procedimiento y conclusiones emitidas por el Perito y aportado por la Unión Temporal DEVINORTE.*

*(...)*

*'Ahora bien y no obstante lo anterior, consideramos procedente recordar lo manifestado anteriormente respecto a:*

- Tal como se establece en los anexos 1 y 15 del Acuerdo Conciliatorio de 2015, la base para determinar que el Concesionario se encontraba cumpliendo su obligación a la fecha en materia de mantenimiento periódico - instalación de sobrecarpeta, correspondió al resultado del índice de estado y al análisis de la deflectometría elaborado por el Concesionario*
- En el Laudo Arbitral del 6 de octubre de 2016, fueron registradas y contabilizadas las actividades y provisiones correspondientes al Mantenimiento Periódico al interior del Contrato de Concesión No. 664 de 1994 para los años 2015-2017, siendo evidente la existencia de la obligación de mantenimiento periódico con, posterioridad al Acuerdo conciliatorio de 2015.*
- Como consecuencia de lo anterior, la interventoría por medio de la comunicación ICITY-0196-17 con radicado ANI No. 2017-409-074832-2 de 17 de julio de 2017, requirió al Concesionario para que remitiera copia de los estudios técnicos de deflectometría.*

*'Así las cosas, si del análisis realizado por la Interventoría ETSA - SIGA, o el consultor que designe la Agencia Nacional de Interventoría, se ratifica que las conclusiones emitidas por el Ingeniero BATEMAN en la deflectometría aportada como peritaje técnico al interior de la demanda arbitral presentada, se comprobarían los mismos supuestos de hecho que permitieron al Consorcio ICITY emitir el concepto que permitió determinar que no era necesario la instalación de una capa o sobrecarpeta adicional, condición está que debe ser analizada por parte de la Entidad de forma previa a la contestación de la demanda y de ser viable, analizar la posibilidad de lograr un acuerdo conciliatorio en tal sentido.*

*'Finalmente, al hacer su **MANIFESTACIÓN RESPECTO DE LOS HECHOS** afirmó:*

*'(...) Hecho No.23.*

*(...)*

*‘De esta forma, en atención a que las condiciones del proyecto concesionado y como tal el mantenimiento periódico corresponde a una obligación de tracto sucesivo, la misma debe ser verificada durante la totalidad de la vigencia del Contrato de Concesión y adquiere mayor relevancia su verificación ad portas del trámite de reversión que se adelanta como consecuencia de la terminación del plazo contractual, tal como se estableció en nuestra comunicación ICITY-0196-17 de 13 de julio de 2017 con el objeto que se garantice la estabilidad del proyecto en lo pertinente. (...)’<sup>234</sup>*

“Sin ningún esfuerzo se debe concluir que las vías a que dice relación el Contrato de Concesión No. 0664 de 1994 han cumplido y cumplían al momento de la reversión (30 de noviembre de 2017) el *Índice de Estado* exigido y que, adicionalmente, todos los segmentos componentes de dicho Sistema Vial mostraban una *vida residual* superior al mínimo de dos (2) años exigido por el Contrato

#### **“IV.9 PRUEBAS, VERIFICACIONES Y CONCLUSIONES DEL DICTAMEN PERICIAL**

“En relación con el denominado recapeo lo que se discute entre las Partes, en breve, es si la Unión Temporal **DEVINORTE** estaba obligada o no a colocar una sobre carpeta asfáltica de 5 centímetros de espesor a lo largo del corredor vial concesionado. Sobre el particular la posición de la Unión Temporal y de sus Partícipes se concreta en que no existe obligación de adelantar el sobre carpeteo pretendido por la **ANI** por las razones de hecho y de derecho explyadas en la demanda con la que se dio inicio al presente Proceso que se pueden sintetizar en que a lo que se obligó la Unión Temporal Concesionaria fue a mantener las vías en adecuado estado de funcionamiento y confort lo cual se constataba mediante la medición del *Índice de Estado* que debía situarse en una calificación igual o superior a 4.0 y, además, que al momento de la Reversión del corredor a la Nación las vías exhibieran un *valor estructural residual* de al menos 2 años seguidos a la fecha de la mentada Reversión.

“Lo anterior, es decir, el cumplimiento del *Índice de Estado* (4.0) y el *valor estructural residual* de las vías (2 años) fueron debidamente probados en el decurso del Proceso a través de lo Dictaminado por el Ingeniero Civil Jaime Bateman<sup>235</sup> en el experticia por él rendido en el que se le formularon las preguntas que a continuación se transcriben y a las que él respondió en los precisos términos que también se reproducen:

***‘PRIMERA PREGUNTA:*** *Conceptuar si a la luz del Contrato de Concesión No. 0664 de 1994 y los documentos que forman parte de él, la totalidad de las vías que conforman el Corredor Vial Concesionado cumplen el Índice de Estado exigido contractualmente.*

***‘RESPUESTA:*** *Tomando en cuenta los referentes antes enunciados y las pruebas efectuadas se concluye que todos y cada uno de los Tramos que en conjunto conforman el sistema vial concesionado y el total que representan éstos muestran un índice de Estado de 4.62<sup>236</sup>, superior al exigido por el reglamento de operación que demanda como mínimo que el sistema exhiba un índice de Estado igual o superior a 4.0.*

*‘La conclusión acabada de expresar por el suscrito perito se extrae del Anexo No. 1 que se allega con este escrito.*

***‘SEGUNDA PREGUNTA:*** *Establecer si las condiciones superficiales actuales del pavimento y su estructura garantizan la estabilidad de las vías objeto del Contrato de Concesión No. 0664 de 1994 por un periodo igual o superior a dos (2) años.*

***‘RESPUESTA:*** *Tomando en cuenta los referentes antes enunciados y las pruebas efectuadas se concluye que todos y cada uno de los Tramos que en conjunto conforman el sistema vial concesionado y el total que representan*

---

<sup>234</sup> Nota de pie de página del alegato de conclusión de la Convocante: “<sup>27</sup> Todas las negrillas y subrayas respecto del texto con autoría de ICITY son nuestras.”

<sup>235</sup> Nota de pie de página del alegato de conclusión de la Convocante: “<sup>28</sup> Se hace notar que el Dictamen Pericial de Parte no fue objeto de contradicción alguna por parte de la ANI y en ese sentido cobró firmeza todo lo dictaminado en el documento de experticia”

<sup>236</sup> Nota de pie de página del alegato de conclusión de la Convocante: “<sup>29</sup> Ver página 24 del Anexo 1 al Dictamen Pericial de Parte rendido por el Ingeniero Jaime Bateman”

*éstos muestran una condición superficial actual del pavimento y de su estructura que garantiza una estabilidad igual o superior a dos (2) años<sup>237</sup>.*

*‘La conclusión acabada de expresar por el suscrito perito se extrae del Anexo No. 1 que se allega con este escrito.’*

“Así, la claridad de las conclusiones a las que arribó el Perito Jaime Bateman –*concretadas en sus respuestas*- nos conduce a afirmar sin temor a equívocos que la estructura de pavimento así como la capa superficial de todas las vías que conforman el corredor que estuvo concesionado a la Unión Temporal Devinorte y por ende a sus partícipes a la finalización del Contrato No. 0664 de 1994 y en específico al momento de ocurrir la reversión del Corredor a la Nación éste cumplió con los dos requisitos correspondientes al *Índice de Estado* en calificación superior a 4.0 y al *valor estructural residual*, fijado en 2 años.

“Al examen al que sometió a las vías el Ingeniero Bateman, mismo que los métodos que observó y los equipos que utilizó para concluir lo que en antes se vertió, aparecen detallados en extenso en el cuerpo de la experticia por él rendida.”

### 1.3. La oposición a la pretensión y el pronunciamiento sobre los hechos de la demanda arbitral formulados por la Parte Convocada

La Agencia Nacional de Infraestructura ANI, por conducto de su apoderado, se opuso a esta pretensión y subrayó que “tal y como puede leerse en el texto de la propuesta presentada por el hoy concesionario, en el numeral 9.2., del volumen 6 de la oferta, denominado ‘Programa de mantenimiento de la vía’, éste de manera libre y voluntaria ofreció y por ende se obligó a colocar una carpeta asfáltica de refuerzo de 5.0 cms de espesor, y a todo lo largo de la vía, en los años 13 y 14 de la concesión. (Ver prueba 2).

“Dice textualmente:

MANTENIMIENTO PERIODICO:

(...)

En los años 7 y 8, y 13 y 14 se tiene previsto colocar una carpeta asfáltica de refuerzo de 5.0 cms de espesor a todo lo largo de la vía.

La verificación del espesor del refuerzo se definirá con base en el método Shell, que considera el análisis elástico esfuerzo – deformación de las diferentes capas de la estructura existente. El tipo de refuerzo será en principio concreto asfáltico de sello o de rodadura, aunque la evaluación detallada durante la etapa de operación y mantenimiento concluirá en el más conveniente y económico’. (Subrayas fuera de texto).

“Como se puede apreciar, el entonces proponente – hoy concesionario UT DEVINORTE, no condicionó el cumplimiento de la obligación de instalar una carpeta asfáltica de refuerzo a ningún evento, por el contrario, lo que hizo fue establecer unos parámetros para definir el espesor de la carpeta asfáltica – que es una cosa muy diferente –, como lo es el resultado de método Shell y/o el resultado de la viga Benkelman, obligación que por vía de la demanda que por este medio se contesta, quiere evadir el concesionario para ahorrarse dichos costos.

“De otra parte respecto al cumplimiento del mantenimiento periódico en la propuesta aparecen tres frentes básicos, entre los cuales el primero es: ‘1. Estructura de pavimento’. En este punto se identifica la necesidad de cuantificar los trabajos en forma correcta y detallada realizando la evaluación periódica del pavimento existente (Se trata del pavimento que tiene en la vía al momento de su evaluación), y además consiste en medir las características superficiales y sus deflexiones identificando además en el

---

<sup>237</sup> Nota de pie de página del alegato de conclusión de la Convocante: “<sup>30</sup> Ver Conclusiones del Dictamen Pericial de Parte rendido por el Ingeniero Jaime Bateman, página 30 del Anexo 1”

documento, el ensayo que cumple con este propósito el cual corresponde a la Viga Benkelman, mediante el cual se obtiene la información correspondiente al valor estructural residual.

“Posteriormente en el siguiente párrafo se clarifica, cuáles son las características superficiales requeridas, tomando la información sobre: baches, drenaje, condiciones ambientales y principalmente el tipo y cantidad de fisuras, clasificadas según el documento en: deformaciones, fisuraciones, agrietamientos, desprendimientos y afloramientos, las cuales se identifican técnicamente como un inventario del pavimento existente y proviene del ensayo denominado VIGA BENKELMAN de obligatorio y contractual cumplimiento, se reitera por ser parte de la propuesta del Concesionario.

“El Método Shell, considera la estructura del pavimento como un sistema multicapa linealmente elástico bajo la acción de las cargas de tránsito, en el cual los materiales se encuentran caracterizados por su módulo de elasticidad de Young (E) y su relación de Poisson ( $\mu$ ). Los materiales de la estructura se consideran homogéneos y se asume que las capas tienen una extensión infinita en sentido horizontal.

“El procedimiento básico supone al pavimento como una estructura tricapa, en la que la capa superior corresponde a las carpetas asfálticas, la intermedia a las capas granulares y la inferior, que es infinita en sentido vertical, corresponde a la subrasante.

“Por el contrario, la evaluación del índice estado se realiza para determinar el nivel de servicio de un pavimento, en función de: Rugosidad, Ahuellamiento y Deformaciones, Fisuras y Grietas, Resistencia al Deslizamiento y Estado de las Bermas. Es decir, evalúa parámetros superficiales relacionados con la funcionalidad y seguridad de los usuarios de la vía concesionada.

“Es de gran importancia la evaluación estructural del pavimento para determinar la capacidad de la estructura vial existente concesionada, para cuantificar el valor residual o el cumplimiento de su vida útil por fatiga al servicio de la vía y la necesidad de rehabilitar en sitios identificados como secciones homogéneas el pavimento.

“De acuerdo a lo anterior, se puede deducir que el índice de Estado no exime la realización de una evaluación estructural del pavimento (deflectometría), ambas son complementarias, más no excluyentes. Por lo tanto, así el concesionario haya obtenido un resultado del índice de estado superior a 4.00, no lo exime, de realizar la instalación de la sobrecarpeta a lo largo de toda la Concesión o lo que dictamine el resultado de la viga Benkelman, de acuerdo a la propuesta presentada por el concesionario.

“Como quedará probado a la largo del proceso, el corredor vial concesionado si requiere de la instalación de la sobre carpeta asfáltica de refuerzo toda vez que el resultado de la viga Benkelman que aportará la ANI así lo demuestra.

(...)”

Agrega la ANI que “De la lectura del numeral 9.2., programa de mantenimiento de la vía, del volumen VI, Tomo I de la propuesta de la UT., jamás se manifiesta que se trata de actividades hipotéticas que serían objeto de posterior concreción, por el contrario, y al menos en lo que corresponde a la colocación de la carpeta asfáltica de refuerzo, lo que se advierte es que [el] concesionario se obligó de manera clara y simple, a colocar dicha carpeta de refuerzo, sin condicionamiento alguno para el cumplimiento de esta obligación”, al tiempo que señala que “Contrario a lo afirmado por la convocante, fue tan preciso el ofrecimiento en este punto, que inclusive en la propuesta elaborada por el mismo concesionario, se dio a la tarea de identificar o establecer inclusive los años de la concesión en que pondría esta carpeta, luego de ninguna manera se trata de ofrecimientos hipotéticos o de meros supuestos. Y es que la excusa del concesionario se cae por su propio peso, ya que el programa de mantenimiento no era una simple manifestación que de buena voluntad quisiera hacer el proponente en el marco de la licitación, por el contrario, el ofrecimiento de un plan de mantenimiento era un requisito habilitante exigido por el pliego de condiciones de la licitación No. 005 de 1994, que además le imponía una carga de claridad y de precisión en este programa, tal y como dice a la letra el citado pliego: (Ver pruebas 1 y 2)

“2.4. CONTENIDO DE LA PROPUESTA

“2.4.1. DOCUMENTOS DE LA PROPUESTA

(...)

*“H. Propuesta para la operación del proyecto; que incluye el mantenimiento de las obras y la administración del proyecto, de acuerdo con las condiciones establecidas en el numeral 2.5.4.”*

Por su parte, señala, el citado numeral 2.4.5., del pliego de condiciones de la licitación No. 005 de 1994, establece:

“2.4.5. PROPUESTA PARA LA OPERACIÓN DEL PROYECTO

(...)

*“La propuesta para la operación del proyecto debe contener los siguientes puntos:*

*“A. Características generales de la operación:*

(...)

*- Los métodos constructivos que se ofrecen para llevar a cabo el mantenimiento de la obra. Debe incluirse un listado de las actividades **a ser desarrolladas para el mantenimiento de la obra** ya sean rutinarias, preventivas o de construcción parcial, y los recursos que cada una de ellas demanda.*

*“B. Programa para el mantenimiento de la obra.*

*“En el que se especifique semestralmente las tareas de mantenimiento rutinario y preventivo que deben desarrollarse para conservar y operar la obra en un todo de acuerdo con las condiciones de este Pliego y con el Reglamento para la Operación de Carreteras Concesionadas que se anexa. El programa debe realizarse sobre las actividades de conservación descritas en el literal anterior.”*

Como se puede apreciar, dice la ANI, el argumento de que el programa de mantenimiento era solo un cúmulo de manifestaciones hipotéticas no es cierto y por decir lo menos, constituye un despropósito, máxime cuando la Convocante incurre en evidente contradicción al señalar que las actividades de mantenimiento serían concretadas en los estudios y diseños, pues lo cierto es que las fechas establecidas en la propuesta para la colación de la carpeta asfáltica de refuerzo, años 13 y 14 que importan a esta controversia, son periodos posteriores a la entrega de la construcción de los tramos anteriormente mencionados, y conforman el periodo de operación de la vía, observándose que esta situación no depende de la adopción de los Estudios y Diseños presentados por el Concesionario, pues los Estudios y Diseños son una etapa anterior a la puesta en operación de cada tramo del proyecto, concluyendo, que la instalación de la sobre carpeta no es hipotética ni optativa, es de obligatorio cumplimiento contractual la cual se instala en la Etapa de operación.

Afirma la ANI que el cumplimiento de las obligaciones de mantenimiento, y en especial la colocación de la carpeta asfáltica de refuerzo de espesor 5.0 cms., que se ofreció en la propuesta, NO quedó supeditado al índice de estado de la vía, luego el índice de estado no resulta relevante para la presente controversia. Por el contrario, como parte del mantenimiento que debe hacerse a la vía y más ahora que terminó la etapa de operación y mantenimiento de la concesión, se hace imprescindible que el concesionario cumpla con dicha obligación o en su defecto que pague el valor de dichas obras para que puedan ser realizadas, ya que una vez revertido el corredor vial, el Estado debe garantizar a los usuarios una vía en excelentes condiciones, que perdure en el tiempo, y no puede renunciar a exigir las obligaciones contractuales al concesionario, de ahí que el concesionario deba cumplir con lo ofrecido. La evaluación del índice de estado se realiza para determinar el nivel de servicio de un pavimento, en función de: Rugosidad, Ahuellamiento y Deformaciones, Fisuras y Grietas, Resistencia al Deslizamiento y Estado de las Bermas. Es decir, evalúa parámetros

superficiales relacionados con la funcionalidad y seguridad de los usuarios de la vía concesionada. De acuerdo con lo anterior, se puede deducir que el índice de Estado no exime la realización de una evaluación estructural del pavimento (deflectometría), ambas son complementarias, más no excluyentes. Por lo tanto, así el concesionario haya obtenido un resultado del índice de estado superior a 4.00, no lo exime, de realizar la instalación de la sobrecarpeta a lo largo de toda la Concesión o lo que dictamine el resultado de la viga Benkelman, de acuerdo a la propuesta presentada por el concesionario. Así las cosas, y por corresponder a una obligación de tracto sucesivo, las obligaciones de mantenimiento deben ser verificadas durante la totalidad de la vigencia del Contrato de Concesión y adquiere mayor relevancia su verificación ad portas del trámite de reversión que se adelanta como consecuencia de la terminación del plazo contractual, tal como se estableció por parte de la interventoría en comunicación ICITY-0196-17 de 13 de julio de 2017, con la finalidad de que mediante la colocación de la sobrecarpeta asfáltica de refuerzo ofrecida para los años 13 y 14 de la concesión, se garantice la estabilidad del proyecto en lo pertinente, y que a futuro la vía se conserve en excelentes condiciones estructurales en beneficio de los usuarios.

Finalmente, la ANI afirma que las pretensiones a las que renunció la ANI, lo fueron NO porque el concesionario tuviera la razón en cuanto al condicionamiento de la colocación de la carpeta asfáltica de refuerzo al índice de estado, sino como parte de una negociación económica global que se dio frente a un contexto de una controversia integrada por muchas reclamaciones. Además, dijo, no puede perderse de vista que lo conciliado fue apenas el periodo de mantenimiento 2004-2005, pero no se concilió el periodo de los años 13 y 14 de la concesión en los cuales el concesionario debía poner la carpeta asfáltica de refuerzo, de manera que lo conciliado No es oponible a este nuevo periodo de mantenimiento. Además, ni el acuerdo conciliatorio ni el auto aprobatorio ni el laudo que se produjo en dicho proceso extinguieron ni anularon la obligación de mantenimiento y tampoco anularon ni el pliego de condiciones de la licitación pública No. 005 de 1994 como tampoco la oferta presentada por el concesionario ni los efectos jurídicos vinculantes. (Prueba 7. Acuerdo conciliatorio suscrito entre el concesionario y la ANI).

Así, entonces, señala la ANI, que no es cierto que haya desaparecido el fundamento jurídico ni la exigibilidad de la obligación de mantenimiento en los años 13 y 14 de la concesión, conforme al pliego de condiciones, el ofrecimiento del concesionario en el numeral 9.2., y el contrato mismo.

En tal virtud, la ANI formuló las siguientes excepciones:

**“5.1. Excepción denominada: ‘La renuncia de algunas pretensiones por parte de la ANI en el marco del acuerdo conciliatorio suscrito con el concesionario, no configura el desistimiento de que trata el artículo 314 del CGP., toda vez que constituye un pacto procesal y no genera efectos de cosa juzgada.’**

“Resulta curioso que la convocante en sus fundamentos de derecho haya traído en mención a la doctrina especializada que muy bien representa el Dr. Hernán Fabio López Blanco, a propósito de analizar la figura del desistimiento de la demanda y sus efectos jurídicos, pero que no se haya tomado el trabajo de transcribir de manera completa lo dicho por este tratadista en cuanto que no estamos en presencia de un desistimientos propiamente dicho sino ante la figura de los pactos procesales que no surten efectos de cosa juzgada.

“En efecto, una de las características del desistimiento es la unilateralidad, que en el presente caso no se cumple. Dice el tratadista en cita:

*‘5.2.2. La incondicionalidad del desistimiento.*

*‘El desistimiento como forma anormal de terminación del proceso en el sistema colombiano, es decir, como renuncia a la pretensión y al derecho, debe ser incondicional, tal como lo destaca el inciso quinto del art. 314; únicamente cuando existe acuerdo con la parte demandada se puede condicionar, dice el texto en comentario, pero en este evento se desnaturaliza la figura y se pasa al campo de los denominados pactos procesales.*

*‘Ciertamente señala textualmente la norma que ‘El desistimiento debe ser incondicional, salvo acuerdo de las partes’; con lo cual abre la vía para que se den ciertos pactos procesales que estrictamente no son desistimiento, así se emplee la palabra para la figura, pues es de la esencia del desistimiento, en el decir de Alcalá Zamora, ‘químicamente puro’ la unilateralidad, de ahí que cuando existe un desistimiento condicional se inclina la doctrina en casos por señalar que se está frente a una modalidad de transacción y en otros a pactos o acuerdos procesales que le ponen fin al proceso pero que en estricto sentido no son desistimiento.*

*‘El desistimiento implica la renuncia a todas las pretensiones de la demanda: El hecho de ser incondicional pone en evidencia que como forma anormal de terminación del proceso no puede dejar vivas parte de las pretensiones pues, si así acontece, y es una posibilidad que explícitamente contempla la ley, estaremos frente a un caso de reducción del ámbito del juicio pero no de terminación anormal del proceso, que es el que interesa, de ahí que siempre que se desiste con la modalidad comentada y así nada se diga expresamente, se sobreentiende que se está renunciando a la totalidad de las pretensiones y al derecho en que ellas se sustentan.’<sup>238</sup>*

“Compartimos ampliamente el planteamiento del Dr. López Blanco pues precisamente lo que sanciona la norma con efectos de cosa juzgada es la terminación anormal del proceso por cuenta del desistimiento de todas las pretensiones, como acto unilateral e incondicional.

“Pero el caso que nos ocupa es diametralmente diferente al que establece el artículo 314 del CGP., ya que en el marco del Tribunal Arbitral integrado por los doctores Jorge Ibáñez Najar, Myriam Guerrero de Escobar y Antonio Pabón Santander, no se produjo la terminación del proceso por cuenta de los actos desplegados por la ANI, sino que en palabras del tratadista en cita, lo que hubo fue una reducción del ámbito del juicio por cuenta de un acuerdo conciliatorio, de manera que el proceso arbitral continuó con las demás pretensiones formuladas por las partes.

“El denominado ‘desistimiento’ que hizo la ANI no fue incondicional, todo lo contrario, dejó de lado algunas pretensiones de la demanda de reconvención, pero a cambio del desistimiento del concesionario de otras pretensiones como estrategia de negociación en el marco de un acuerdo conciliatorio, tal y como evidenciarse en el texto del acuerdo donde el concesionario también desistió de las pretensiones relacionadas con la supuesta imposibilidad de cumplir obligaciones; que el concesionario había dado cabal cumplimiento a las obligaciones del contrato, a que se condenara a la ANI a definir ciertos aspectos técnicos, entre otros. (ver acuerdo conciliatorio).

“Vistas así las cosas no puede entenderse que ha operado el fenómeno de cosa juzgada en relación con las pretensiones que la ANI desistió en el marco de la negociación de un acuerdo conciliatorio, por lo que solicito a los Honorables Árbitros que se declare probada la presente excepción.

**“5.2. El acuerdo conciliatorio y el auto aprobatorio NO declararon extinguida la obligación de mantenimiento a cargo del concesionario, ni anuló total ni parcialmente el pliego de condiciones, ni la propuesta del concesionario, ni el contrato con sus apéndices y anexos, de manera que la obligación de mantenimiento sigue incólume y es exigible por parte de la ANI.**

“Otro de los planteamientos que ha expuesto el concesionario para sustraerse unilateralmente del cumplimiento de la obligación de mantenimiento, y específicamente la de colocar una carpeta asfáltica de refuerzo, es la supuesta extinción de la obligación de mantenimiento, así como los hechos constitutivos de la causa petendi, por cuenta del acuerdo conciliatorio suscrito por las partes y aprobado por el Tribunal Arbitral.

“Sin embargo, ello no es cierto, como quiera que de la lectura del acuerdo conciliatorio y del auto proferida por el Tribunal Arbitral, en ninguno de sus apartes se evidencia decisión judicial alguna que se hubiere declarado extinguida la obligación de mantenimiento a cargo del concesionario, como tampoco se observa en dicho trámite arbitral decisión judicial alguna que haya anulado el pliego de condiciones, la propuesta presentada por el concesionario y mucho menos el contrato de concesión

---

<sup>238</sup> Nota de pie de página de la contestación de la demanda arbitral de la ANI: “<sup>1</sup> Información tomada de la obra “Código General del Proceso. Parte general”, del autor Hernán Fabio López Blanco. Dupré Editores 2016. Pág. 1022.”



0664 de 1994, en lo que corresponde a las obligaciones de mantenimiento, de manera que dicha obligación se mantiene vigente y por tanto es exigible al concesionario.

“Pero como si fuera poco, el citado trámite arbitral y el acuerdo conciliatorio suscrito y aprobado no comprendieron ni abordaron el análisis de la obligación de colocar la carpeta asfáltica de refuerzo en los años 13 y 14 de la concesión, conforme lo exigía el pliego de condiciones y lo ofrecido libre y voluntariamente por el hoy concesionario, luego este argumento corrobora aún más la postura de la ANI y de la interventoría del contrato, en el sentido de exigir al concesionario el cabal cumplimiento de las obligaciones de mantenimiento.

“Reiteramos que la evaluación del índice de estado es diferente a la aplicación del método Shell, ya que el primero – índice de estado - se realiza para determinar el nivel de servicio de un pavimento, en función de: Rugosidad, Ahuellamiento y Deformaciones, Fisuras y Grietas, Resistencia al Deslizamiento y Estado de las Bermas. El cual evalúa parámetros superficiales relacionados con la funcionalidad y seguridad de los usuarios de la vía concesionada, mientras que el método Shell comporta una evaluación estructural del pavimento (deflectometría), es decir el primero es un análisis superficial y el segundo es estructural.

“De acuerdo a lo anterior, se puede deducir que el índice de Estado no exime la realización de una evaluación estructural del pavimento (deflectometría), ambas son complementarias, más no excluyentes. Por lo tanto, así el concesionario haya obtenido un resultado del índice de estado superior a 4.00, no lo exime, de realizar la instalación de la sobrecarpeta a lo largo de toda la Concesión o lo que dictamine el resultado de la viga Benkelman, de acuerdo a la propuesta presentada por el concesionario.

“Es de gran importancia la evaluación estructural del pavimento y no solo el estado superficial, para determinar la capacidad de la estructura vial existente concesionada, para cuantificar el valor residual o el cumplimiento de su vida útil por fatiga al servicio de la vía y la necesidad de rehabilitar en sitios identificados como secciones homogéneas el pavimento.

“De esta forma, en atención a que corresponde a una obligación de tracto sucesivo, la misma debe ser verificada durante la totalidad de la vigencia del Contrato de Concesión y adquiere mayor relevancia su verificación en el trámite de reversión que se adelanta como consecuencia de la terminación del plazo contractual, tal como se estableció la interventoría en comunicación ICITY-0196-17 de 13 de julio de 2017, todo ello a fin de que se garantice la estabilidad del proyecto en los próximos años y que a futuro la vía se conserve en excelentes condiciones estructurales en beneficio de los usuarios. Por lo expuesto, solicito respetuosamente a los Honorables Árbitros que se declare probada la presente excepción y se denieguen las pretensiones de la demanda.

**“5.3. Excepción denominada ‘El contrato es ley para las partes y debe ser cumplido de buena fe.’/ ‘La oferta presentada por el concesionario en el marco de la licitación pública No. 005 de 1994, en cuanto respecta al mantenimiento ofrecido es obligatoria y vinculante tanto para la entidad como para el concesionario, y no constituyen actividades hipotéticas ni sujetas a los estudios y diseños’.**

“Como quiera que, conforme con lo expuesto la obligación de mantenimiento y en especial la de color una carpeta asfáltica de refuerzo en los años 13 y 14 de la concesión a cargo del concesionario no fue extinguida en virtud del proceso arbitral anterior que adelantaron las mismas partes, ni por cuenta del acuerdo conciliatorio suscrito y aprobado judicialmente, el concesionario debe cumplir con dicho compromiso, pues es sabido que tanto el pliego de condiciones como la propuesta misma hacen parte integral del contrato, y en esa medida es exigible dicha obligación.

“En efecto, Como se desprende de lo señalado en las distintas fuentes del derecho colombiano, la Administración Pública está sujeta a una serie de principios en el desarrollo de sus actuaciones contractuales conforme a los postulados que rigen la función administrativa. Dichas directrices, aplicadas en conjunto, constituyen el medio jurídico idóneo para la ejecución eficaz de los contratos celebrados por las entidades públicas a la luz de los objetivos emanados de las diversas relaciones contractuales.

“Entre los principios generales propios de la actividad administrativa, del régimen de los contratos, y en especial, de los contratos administrativos, encontramos, entre otros, el principio *pacta sunt servanda, lex contractus* o ley para las partes. De acuerdo con lo señalado por la jurisprudencia colombiana<sup>239</sup>, los contratos se celebran para ser cumplidos por las partes, y en ese sentido, aquellas deben ejecutar las prestaciones que emanan de los mismos de forma íntegra, efectiva y oportuna como consecuencia de su fuerza obligatoria.

“Precisamente, al ser el contrato la expresión material de la autonomía de la voluntad de los sujetos de la relación jurídica, el artículo 1602 del Código Civil confirma el alcance del principio en mención al concretar que los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y sólo pueden ser invalidados por el consentimiento mutuo de quienes lo celebran o por causas legales<sup>240</sup>. Así ha sido señalado por el Consejo de Estado en los siguientes términos:

*‘En efecto, el contrato, expresión de la autonomía de la voluntad, se rige por el principio ‘lex contractus, pacta sunt servanda’, consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, según el cual los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales. En concordancia con la norma anterior, el artículo 1603 de la misma obra, prescribe que los contratos deben ser ejecutados de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella sin cláusula especial.’*<sup>241</sup>

“Por lo anterior, una vez celebrado el contrato, las partes tienen la obligación de cumplirlo en lo correspondiente a sus elementos esenciales, naturales y accidentales porque, además de ser ley para las partes (con las implicaciones que de ello se derivan), debe ser ejecutado de buena fe y conforme a lo convenido. Así pues, el contrato celebrado válidamente por los sujetos de una relación jurídica constituye ley de estricto cumplimiento en atención a todas y cada una de las disposiciones previamente señaladas en su contenido.

“Sobre la obligatoriedad de los contratos, la jurisprudencia ha dicho:

*‘Señala la explicación del artículo 1602 del Código Civil consagrando el principio lex contractus, pacta sunt servanda, por cuya virtud se impone el cumplimiento obligatorio de los pactos que dimanen de toda relación jurídica negocial (rectius: contrato), bien de manera espontánea o forzadamente. La mencionada disposición advierte sobre la fuerza normativa característica de todo contrato como efecto inicial del vínculo, en tanto ‘ata’ a sus intervinientes al cumplimiento de un propósito común, lo cual supone una consecuencia práctico-jurídica de gran utilidad dentro del tráfico de bienes y servicios, en tanto ofrece estabilidad, previsibilidad y certidumbre en las relaciones contractuales y, en principio, genera la imposibilidad de aniquilar el vínculo por un acto unilateral.*

**‘El artículo 1602 del Código Civil refleja la fuerza vinculante del contrato y, por lo tanto, repudia toda actuación unilateral y caprichosa de alguna de las partes que tenga por finalidad afectar el interés común de los sujetos negociales y, en general, el desapegarse arbitrariamente del acuerdo de voluntades válidamente celebrado.’** (Negrillas y subrayas fuera del texto)<sup>242</sup>

“Así las cosas, los contratos son ley para las partes, obligan a lo allí pactado, y además, deben ejecutarse de buena fe. Sobre el particular el Consejo de Estado ha señalado:

*‘Esta Subsección ha insistido sobre la buena fe contractual, u objetiva, en los siguientes términos:*

---

<sup>239</sup> Nota de pie de página de la contestación de la demanda arbitral de la ANI: “<sup>2</sup> Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 29 de agosto de 2012. Expediente No. 21315. C.P. Dr. Danilo Rojas Betancourth.”

<sup>240</sup> Nota de pie de página de la contestación de la demanda arbitral de la ANI: “<sup>3</sup> Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 30 de enero de 2013. Expediente No. 24217. C.P. Dr. Danilo Rojas Betancourth.”

<sup>241</sup> Nota de pie de página de la contestación de la demanda arbitral de la ANI: “<sup>4</sup> Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 30 de julio de 2015. Expediente No. 33925. C.P. Dra. Stella Conto Díaz Del Castillo.”

<sup>242</sup> Nota de pie de página de la contestación de la demanda arbitral de la ANI: “<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sentencia del 01 de abril de 2016. C.P Jaime Orlando Santofimio. Expediente 52532.”

*De lo preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción parecida al artículo 1603 del Código Civil, se desprende que en todo el iter contractual, **esto es antes, durante y después de la celebración del contrato, y aún después de su extinción, se impone a los intervinientes el deber de obrar de conformidad con los postulados de la buena fe.***

*En efecto, aquel precepto prevé que los contratos deben ‘celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.’*

*Pero además, como si no fuera suficiente, el artículo 863 de esa misma codificación ordena que ‘las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen’, precepto este que en la contratación pública ha de tenerse como un desarrollo del principio general de planeación que debe informar a toda la actividad contractual del Estado.*

*‘Sin embargo con frecuencia inusitada se cree que la buena fe a que se refiere estos preceptos consiste en la convicción de estar obrando conforme a derecho, en la creencia de que la conducta se ajusta en un todo a lo convenido y, en general, en el convencimiento de que se ha observado la normatividad y el contrato, independientemente de que esto sea efectivamente así por haberse incurrido en un error de apreciación porque se piensa que lo que en verdad importa es ese estado subjetivo consistente en que se tiene la íntima certidumbre de haber actuado bien.*

*‘Empero nada más lejano de la realidad que esa suposición porque la buena fe contractual no consiste en creencias o convicciones de haber actuado o estar actuando bien, es decir no es una buena fe subjetiva, sino que estriba en un comportamiento real y efectivamente ajustado al ordenamiento y al contrato y por consiguiente ella, tal como lo ha señalado ésta Subsección, **consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia**, es decir, se trata aquí de una buena fe objetiva y ‘por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho’ o conforme al contrato, pues tales convencimientos son irrelevantes porque, habida cuenta de la función social y económica del contrato, lo que en verdad cuenta son todos los actos reales y efectivos que procuran la cabal realización de estas funciones dentro del ámbito de la legalidad y de la lealtad y corrección, esto es, ajustados en un todo al ordenamiento jurídico y a lo convenido.’<sup>243</sup>*  
(Subrayas y negrillas fuera del texto)

“Por lo anterior, en los contratos estatales, en virtud de la buena fe precontractual, los documentos previos a la celebración del contrato hacen parte del mismo y tienen fuerza vinculante, como lo son el pliego de condiciones, la propuesta presentada por el contratista, respuestas a las observaciones presentadas al pliego de condiciones, etc. Sobre el particular, el Consejo de Estado ha sido claro en señalar lo siguiente:

*‘En esa perspectiva, el pliego de condiciones es el acto jurídico fundamental sobre el cual gira toda la etapa de selección del contratista, es decir, la precontractual, por cuanto en el mismo se fija el objeto del contrato a suscribir, se identifica la causa del negocio jurídico, se determina el procedimiento o cauce a surtir para la evaluación objetiva y técnica de las ofertas, y se indican los plazos y términos en que se ejecutará todo el proceso que culminará con la adjudicación del contrato o con la declaratoria de desierto. Por lo tanto, el pliego de condiciones concreta o materializa los principios de planeación contractual y de transparencia, comoquiera que su adecuada formulación permite o garantiza la selección objetiva del contratista de acuerdo con los parámetros de calificación correspondientes para cada tipo de procedimiento (v.gr. licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, etc.), de acuerdo con el marco establecido en la ley (art. 29 de la ley 80 de 1993, derogado por el artículo 32 de la ley 1150 de 2007, y este último, modificado por el artículo 88 de la ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción). **En esa perspectiva, el pliego de condiciones constituye la ley tanto del***

---

<sup>243</sup> Nota de pie de página de la contestación de la demanda arbitral de la ANI: “6 Consejo de Estado, Sentencia de Enero 28 de 2015. C.P. Hernán Andrade. Expediente 31162”

procedimiento administrativo de selección del contratista, como del contrato a celebrar, razón por la que se traduce en un conjunto de disposiciones y cláusulas elaboradas unilateralmente por la administración, con efectos obligatorios para ésta como para los proponentes u oferentes, en aras de disciplinar el desarrollo y las etapas del trámite de selección, como el contrato ofrecido a los interesados en participar en la convocatoria a través de la aspiración legítima de que éste les sea adjudicado para colaborar con aquélla en la realización de un fin general, todo lo cual ha de hacerse con plenas garantías y en igualdad de condiciones para los oferentes<sup>244</sup>. Negrilla y subraya fuera del texto original

“De otra parte, es preciso poner de presente a los Honorables Árbitros que de la lectura del numeral 9.2., programa de mantenimiento de la vía, del volumen VI, Tomo I de la propuesta de la UT., jamás se manifiesta que se trata de actividades hipotéticas que serían objeto de posterior concreción, por el contrario, y al menos en lo que corresponde a la colocación de la carpeta asfáltica de refuerzo, lo que se advierte es que concesionario se obligó de manera clara y simple, a colocar dicha carpeta de refuerzo, sin condicionamiento alguno para el cumplimiento de esta obligación.

“Contrario a lo afirmado por la convocante, fue tan preciso el ofrecimiento en este punto, que inclusive en la propuesta elaborada por el mismo concesionario, se dio a la tarea de identificar o establecer inclusive los años de la concesión en que colocaría esta carpeta, luego de ninguna manera se trata de ofrecimientos hipotéticos o de meros supuestos. Y es que la excusa del concesionario se cae por su propio peso, ya que el programa de mantenimiento no era una simple manifestación que de buena voluntad quisiera hacer el proponente en el marco de la licitación, por el contrario, el ofrecimiento de un plan de mantenimiento era un requisito habilitante exigido por el pliego de condiciones de la licitación No. 005 de 1994, que además le imponía una carga de claridad y de precisión en este programa, tal y como dice a la letra el citado pliego:

#### 2.4. CONTENIDO DE LA PROPUESTA.

##### 2.4.1. DOCUMENTOS DE LA PROPUESTA

(...)

*‘H. Propuesta para la operación del proyecto; que incluye el mantenimiento de las obras y la administración del proyecto, de acuerdo con las condiciones establecidas en el numeral 2.5.4.’.*

“Por su parte, el citado numeral 2.4.5., del pliego de condiciones de la licitación No. 005 de 1994, establece:

##### 2.4.5. PROPUESTA PARA LA OPERACIÓN DEL PROYECTO

(...)

*‘La propuesta para la operación del proyecto debe contener los siguientes puntos:*

*‘A. Características generales de la operación:*

*(...)*

*- Los métodos constructivos que se ofrecen para llevar a cabo el mantenimiento de la obra. Debe incluirse un listado de las actividades **a ser desarrolladas para el mantenimiento de la obra** ya sean rutinarias, preventivas o de construcción parcial, y los recursos que cada una de ellas demanda.*

*‘B. Programa para el mantenimiento de la obra.*

*‘En el que se especifique semestralmente las tareas de mantenimiento rutinario y preventivo que deben desarrollarse para conservar y operar la obra en un todo de acuerdo con las condiciones de este Pliego y con el Reglamento para la Operación de Carreteras Concesionadas que se anexa. El programa debe realizarse sobre las actividades de conservación descritas en el literal anterior.’*

---

<sup>244</sup> Nota de pie de página de la contestación de la demanda arbitral de la ANI: “<sup>7</sup> Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 24 de julio de 2013. C.P. Dr. Enrique Gil Botero. Expediente No. 25642.”

“Como se puede apreciar, el argumento de que el programa de mantenimiento era solo un cúmulo de manifestaciones hipotéticas no es cierto y por decir lo menos, constituye un despropósito, máxime cuando la convocante incurre en evidente contradicción al señalar que las actividades de mantenimiento sería concretadas en los estudios y diseños, pues lo cierto es que las fechas establecidas en la propuesta para la colocación de la carpeta asfáltica de refuerzo, años 13 y 14 que importan a esta controversia, son periodos posteriores a la entrega de la construcción de los tramos anteriormente mencionados, y conforman el periodo de operación de la vía, observándose que esta situación no depende de la adopción de los Estudios y Diseños presentados por el Concesionario, pues los Estudios y Diseños son una etapa anterior a la puesta en operación de cada tramo del proyecto, concluyendo, que la instalación de la sobre carpeta no es hipotética ni optativa, es de obligatorio cumplimiento contractual la cual se instala en la Etapa de operación.”

“En consecuencia, la convocante deberá cumplir con la obligación de mantenimiento, y especialmente la de colocar una carpeta asfáltica de refuerzo que fue ofrecida para realizarse en los años 13 y 14 de la concesión, de manera que esta excepción deberá declararse probada.

“De igual modo, como quiera que el artículo 1602 del Código Civil refleja la fuerza vinculante del contrato y, por lo tanto, repudia toda actuación unilateral y caprichosa de alguna de las partes que tenga por finalidad afectar el interés común de los sujetos negociales y, en general, el desaparecer arbitrariamente del acuerdo de voluntades válidamente celebrado, que es precisamente lo que está haciendo la convocante de manera deliberada, solicitamos a los Honorables Árbitros que se declare que el contrato es ley para las partes, y que por tanto la convocante debe cumplir con la obligación de mantenimiento, y especialmente la de colocar una carpeta asfáltica de refuerzo que fue ofrecida para realizarse en los años 13 y 14 de la concesión, de manera que esta excepción deberá declararse probada.

**“5.4. Excepción denominada: ‘El índice de estado de la vía no determina el cumplimiento o no de la obligación de mantenimiento, consistente en colocar una carpeta asfáltica de refuerzo de 5.0 cms., a todo lo largo de la vía.’**

Para desarrollar esta excepción es necesario transcribir nuevamente el aparte pertinente de la propuesta del concesionario frente al ofrecimiento de colocar la citada sobrecarpeta asfáltica de refuerzo de 5.0 cms en los años 13 y 14 de la concesión, especialmente el numeral 9.2., del volumen 6 de la oferta, denominado ‘Programa de mantenimiento de la vía’.

“Dice textualmente la oferta del concesionario:

MANTENIMIENTO PERIODICO:  
(...)

“En los años 7 y 8, y 13 y 14 se tiene previsto colocar una carpeta asfáltica de refuerzo de 5.0 cms de espesor a todo lo largo de la vía.”

“La verificación del espesor del refuerzo se definirá con base en el método Shell, que considera el análisis elástico esfuerzo – deformación de las diferentes capas de la estructura existente. El tipo de refuerzo será en principio concreto asfáltico de sello o de rodadura, aunque la evaluación detallada durante la etapa de operación y mantenimiento concluirá en el más conveniente y económico.”. (Subrayas fuera de texto).

“Como se puede apreciar, el entonces proponente – hoy concesionario UT DEVINORTE -, jamás condicionó el cumplimiento de la obligación de colocar una carpeta asfáltica de refuerzo a ningún evento, y mucho menos al cumplimiento del índice de estado. Por el contrario, como se explicó en el capítulo de hechos, lo que hizo fue establecer unos parámetros para definir el espesor de la carpeta asfáltica – que es una cosa muy diferente -, como lo es el resultado de método Shell y/o el resultado de la viga Benkelman, obligación que por vía de la demanda que por este medio se contesta, quiere evadir el concesionario para ahorrarse dichos costos.

“Además, debe reiterarse para que quede claro, que desde el punto de vista técnico la evaluación del índice estado se realiza para determinar el nivel de servicio de un pavimento, en función de: Rugosidad,

Ahuellamiento y Deformaciones, Fisuras y Grietas, Resistencia al Deslizamiento y Estado de las Bermas. Es decir, evalúa parámetros superficiales relacionados con la funcionalidad y seguridad de los usuarios de la vía concesionada, pero jamás evalúa la estructura del pavimento que sí es lo determinante a efectos de definir el espesor de la sobrecarpeta.

“Como quedará probado en el curso del proceso, el corredor vial sí requiere la colocación de la sobrecarpeta asfáltica de refuerzo conforme a los resultados que allegará la ANI.

“Por lo anterior, se solicita a los Honorables Árbitros que declaren probada la presente excepción.

**“5.5. Excepción denominada: ‘Contrato no cumplido por parte del concesionario’.**

“De acuerdo con lo que se ha expuesto, queda claro que el concesionario no ha cumplido con las obligaciones contractuales que emanan del contrato de concesión No. 0664 de 1994, y especialmente en lo que tiene que ver con la obligación de mantenimiento, consistente en la colocación de una carpeta asfáltica de refuerzo que fue ofrecida para los años 13 y 14 de la concesión, razón por la cual la ANI invoca en esta oportunidad lo dispuesto en el artículo 1609 del Código Civil, en el sentido de que la convocante no tiene el derecho de demandar cuestión alguna en contra de la ANI – dado su previo incumplimiento previo y sustancial. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha dispuesto en el mismo sentido en que la norma referida lo precisa, que los contratistas que demanden a las entidades del Estado deberán acreditar que han cumplido debidamente con las prestaciones que surgen del vínculo contractual para que el libelo sea susceptible de ser apreciado por parte del juez, lo cual no ocurre en el presente caso.

“Por lo anterior, solicito a los Honorables Árbitros que se declare probada la presente excepción.

**“5.5. Excepción denominada ‘Violación de la buena fe contractual’.**

“Sobre el particular el Consejo de Estado ha señalado:

*‘Esta Subsección ha insistido sobre la buena fe contractual, u objetiva, en los siguientes términos:*

*‘De lo preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción parecida al artículo 1603 del Código Civil, se desprende que en todo el iter contractual, **esto es antes, durante y después de la celebración del contrato, y aún después de su extinción, se impone a los intervinientes el deber de obrar de conformidad con los postulados de la buena fe.***

*‘En efecto, aquel precepto prevé que los contratos deben ‘celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.’*

*‘Pero además, como si no fuera suficiente, el artículo 863 de esa misma codificación ordena que ‘las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen’, precepto este que en la contratación pública ha de tenerse como un desarrollo del principio general de planeación que debe informar a toda la actividad contractual del Estado.*

*‘Sin embargo con frecuencia inusitada se cree que la buena fe a que se refiere estos preceptos consiste en la convicción de estar obrando conforme a derecho, en la creencia de que la conducta se ajusta en un todo a lo convenido y, en general, en el convencimiento de que se ha observado la normatividad y el contrato, independientemente de que esto sea efectivamente así por haberse incurrido en un error de apreciación porque se piensa que lo que en verdad importa es ese estado subjetivo consistente en que se tiene la íntima certidumbre de haber actuado bien.*

*‘Empero nada más lejano de la realidad que esa suposición porque la buena fe contractual no consiste en creencias o convicciones de haber actuado o estar actuando bien, es decir no es una buena fe subjetiva, sino que estriba en un comportamiento real y efectivamente ajustado al ordenamiento y al contrato y por consiguiente ella, tal como lo ha señalado ésta Subsección, **consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la***

ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia’, es decir, se trata aquí de una buena fe objetiva y ‘por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho’ o conforme al contrato, pues tales convencimientos son irrelevantes porque, habida cuenta de la función social y económica del contrato, lo que en verdad cuenta son todos los actos reales y efectivos que procuran la cabal realización de estas funciones dentro del ámbito de la legalidad y de la lealtad y corrección, esto es, ajustados en un todo al ordenamiento jurídico y a lo convenido.’  
(subrayas y negrillas fuera del texto)

De manera que el principio de la buena fe contractual es de carácter objetivo e impone, fundamentalmente, a las partes respetar en su esencia lo pactado, cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, perseverar la ejecución de lo convenido, observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende, en buena medida, de la lealtad y corrección de la conducta propia.(negrillas y subrayas fuera del texto)

‘...

Y es que, se itera, el principio de la buena fe objetiva impone fundamentalmente que las partes contratantes respeten y acaten en esencia lo pactado, razón por la cual cualquier actuación desplegada por una de ellas tendiente a interpretar unilateralmente las reglas inicialmente convenidas en perjuicio o desmedro de los intereses de su contratante se tornaría totalmente contraria a dicho principio. (negrillas y subrayas fuera del texto)

*‘Sobre éste punto es necesario precisar que si bien, por regla general, las partes en un determinado contrato o negocio jurídico de carácter estatal pueden de común acuerdo interpretar las cláusulas allí convenidas con sujeción a las reglas de interpretación previstas en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil<sup>45</sup> en aras de procurar la adecuada y oportuna ejecución del objeto contractual así como la satisfacción de los intereses generales, dicha facultad no puede ser ejercida por el contratista de forma unilateral y arbitraria.’<sup>245</sup>*

“Por ser evidente la transgresión del principio de buena fe en que ha incurrido la convocante, al desconocer de manera arbitraria y deliberada la existencia de la obligación de mantenimiento y en especial la de colocar una carpeta asfáltica de refuerzo que fue ofrecida en los años 13 y 14 de la concesión, bajo toda la clase de interpretaciones extensivas de lo ocurrido en el proceso arbitral anterior que adelantaron las mismas partes, así como mediante la omisión del pliego de condiciones y de su propia oferta presentada en el marco de la licitación No. 005 de 1994, con la finalidad de ahorrarse dichos costos en perjuicio del patrimonio público, de la conservación del tramo vial y de la seguridad de los usuarios, deberá declararse la prosperidad de esta excepción y en consecuencia denegar todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

“5.6. Excepción denominada: ‘Como quiera que el plazo de ejecución y/o la etapa de operación del contrato de concesión No. 0664 de 1994, terminó el 30 de noviembre de 2017, por disposición de laudo arbitral anterior, La Unión temporal Devinorte y todos sus integrantes deben pagar en favor de la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI., el valor correspondiente de la obligación de colocar la sobrecarpeta asfáltica de refuerzo a todo lo largo de la vía, a la ejecutoria del laudo arbitral que ponga fin a este proceso.’

“En consideración a que el laudo arbitral proferido el seis (6) de octubre de 2016 resolvió que el plazo del contrato de concesión No. 0664 de 1994 terminaba el 30 de noviembre de 2017, al alcanzarse la TIR pactada, en la actualidad el contrato se encuentra en tapa de reversión y liquidación, por lo que la Unión Temporal Devinorte y todos sus integrantes deberán pagar solidariamente en favor de la

---

<sup>245</sup> Nota de pie de página de la contestación de la demanda arbitral de la ANI: “<sup>48</sup> Consejo de Estado, Sentencia de Enero 28 de 2015. C.P. Hernán Andrade. Expediente 31162”

ANI el valor en dinero correspondiente a la obligación de colocar la sobrecarpeta asfáltica de refuerzo a todo lo largo de la vía, conforme con lo ofrecido en la propuesta.

**“5.7. Excepción de nominada ‘excepción genérica’.**

“Respetuosamente se solicita a los Honorables Árbitros declarar de oficio cualquier otro hecho o medio exceptivo que resulte probado en el curso del proceso para desestimar las pretensiones de la demanda.”

A su vez, sobre este tema, en su alegato de conclusión, la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, por conducto de su Apoderado, señaló lo siguiente:

**“2.1. Lo probado mediante prueba documental en lo que se refiere a la controversia sobre la obligación de mantenimiento – colocación de sobre carpeta asfáltica de refuerzo de espesor de 5 cm a lo largo de toda la vía concesionada.**

“1. Se encuentra probado que el Instituto Nacional de Vías abrió licitación pública No. 005 de 1994 con el propósito de que el proponente que resultase favorecido con la adjudicación, desarrollara los estudios, diseños definitivos, las obras de rehabilitación, obras de construcción, la operación, mantenimiento y la administración del proyecto vial denominado ‘Desarrollo Vial para el Norte de Bogotá’, en el departamento de Cundinamarca. (Prueba 1. Pliego de condiciones, adendas y anexos).

“2. Se encuentra probado que en el marco del citado proceso licitatorio, las sociedades: Fiduciaria del Estado SA., Equipo Universal Ltda., Topco SA., Civilia SA., Cano Jiménez Estudios y Construcciones Ltda., Castro Tcherassi y Cía Ltda., Wackenhut de Colombia SA., Colserautos SA., Enfaseguros Ltda., Instituto Nacional de Fomento Industrial – IFI, y la Corporación Financiera del Tolima SA., presentaron propuesta bajo la promesa de Constituir, para efectos del contrato de concesión, una unión temporal. (Prueba 2. Propuesta presentada por el concesionario en el marco de la citada licitación).

“3. Se encuentra probado que el pliego de condiciones de la licitación No. 005 de 1994, exigió como documentos que debían aportar los proponentes con su oferta, una propuesta de operación del proyecto que incluía el mantenimiento de las obras, el cual dice textualmente:

*2.4. CONTENIDO DE LA PROPUESTA.*

*2.4.1. DOCUMENTOS DE LA PROPUESTA*

*(...)*

*‘H. Propuesta para la operación del proyecto; que incluye el mantenimiento de las obras y la administración del proyecto, de acuerdo con las condiciones establecidas en el numeral 2.5.4.’*

“Por su parte, el citado numeral 2.4.5., del pliego de condiciones de la licitación No. 005 de 1994, establece:

*2.4.5. PROPUESTA PARA LA OPERACIÓN DEL PROYECTO*

*(...)*

*‘La propuesta para la operación del proyecto debe contener los siguientes puntos:*

*‘A. Características generales de la operación:*

*(...)*

*- Los métodos constructivos que se ofrecen para llevar a cabo el mantenimiento de la obra. Debe incluirse un listado de las actividades **a ser desarrolladas para el mantenimiento de la obra** ya sean rutinarias, preventivas o de construcción parcial, y los recursos que cada una de ellas demanda.*

*‘B. Programa para el mantenimiento de la obra.*



*‘En el que se especifique semestralmente las tareas de mantenimiento rutinario y preventivo que deben desarrollarse para conservar y operar la obra en un todo de acuerdo con las condiciones de este Pliego y con el Reglamento para la Operación de Carreteras Concesionadas que se anexa. El programa debe realizarse sobre las actividades de conservación descritas en el literal anterior.’*

“4. Se encuentra probado que los participantes de la futura unión temporal antes descritos, presentaron propuesta que se conformó en VII volúmenes dentro del cual se ubica el volumen VI. Tomo I, que contiene entre otros, el programa de mantenimiento de la vía que ofreció realizar el proponente, que dice textualmente:

#### *‘9.2 PROGRAMA PARA EL MANTENIMIENTO DE LA VÍA*

*‘Se han clasificado dos tipos de mantenimiento así:*

##### *- Rutinario*

*‘Se refiere a las labores de rocería, limpieza de obras de drenaje, limpieza de descoles e incoles, limpieza de señales, y reposición de taches reflectivos, etc.*

##### *- Periódico*

*‘Incluye trabajos de parcheo, colocación de sobrecarpetas, revaluación de la señalización horizontal, reconformación de taludes, suministro e instalación de delineadores de ruta, señales verticales, poste de referencia, reparación de obras de arte.*

*‘Durante la etapa de diseños definitivos cuantificaremos el alcance de cada uno de los trabajos requeridos, de acuerdo con la siguiente metodología:*

##### *- Mantenimiento rutinario*

*‘Como primera etapa se hará un inventario físico detallado a lo largo de la vía, identificando y cuantificando las labores a realizar, los cuales llevaremos a cabo tan pronto se haya iniciado la etapa de operación.*

#### *‘MANTENIMIENTO PERIODICO.*

*‘Se distinguen tres frentes básicos de trabajo como son:*

- ‘1. Estructura de pavimento*
- ‘2. Señalización y seguridad vial*
- ‘3. Mantenimiento de obra de drenaje y de andenes*

##### *‘1. Estructura de pavimento.*

*‘Para la cuantificación de los trabajos necesarios se requiere la correcta y detallada identificación y evaluación periódica del pavimento existente, el cual consiste en medir las características superficiales y sus deflexiones (Viga Benkleman) para determinar su valor estructural residual.*

*‘Dentro de las características superficiales se incluirá información acerca de baches, drenaje, condiciones ambientales y principalmente el tipo y cantidad de fisuración. Los daños superficiales se podrán clasificar en deformaciones, fisuraciones, agrietamientos, desprendimientos y afloramientos.*

*‘Con base en los parámetros ya mencionados identificaremos las zonas y/o sitios, cuyo mantenimiento y/o reparación sea de tipo puntual o de refuerzo continuo.*

*‘Las principales técnicas de reparación puntual podrían ser:*

- Parcheo*
- Sellado de Grietas*

**‘En los años 7 y 8, y 13 y 14 se tiene previsto colocar una carpeta asfáltica de refuerzo de 5.0 cms de espesor a todo lo largo de la vía.**

**‘La verificación del espesor del refuerzo se definirá con base en el método Shell, que considera el análisis elástico esfuerzo – deformación de las diferentes capas de la estructura existente. El**

tipo de refuerzo será en principio concreto asfáltico de sello o de rodadura, aunque la evaluación detallada durante la etapa de operación y mantenimiento concluirá en el más conveniente y económico.’ (Negritas y subrayas fuera de texto).

“4. Está probado que el cumplimiento de lo exigido en el pliego de condiciones como lo ofertado libre y voluntariamente por el concesionario en punto al mantenimiento, y especialmente en su ofrecimiento de colocar una carpeta asfáltica de refuerzo de 5 cms de espesor a todo lo largo de la vía en los años 13 y 14 de la concesión, no se encuentra condicionado a ninguna circunstancia, tal y como puede leerse de los documentos antes referido y como también quedó probado mediante prueba testimonial y de interrogatorio de parte, que se analizarán más adelante.

“5. Está probado que la propuesta presentada por las compañías precitadas en el numeral segundo de este escrito, fue favorecida y el contrato le fue adjudicado a quienes luego conformaron la UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO VIAL DEL NORTE DE BOGOTÁ – DEVINORTE, adjudicación que se realizó mediante la resolución No. 8181 del 27 de octubre de 1994. (Prueba 3. Resolución de adjudicación).

“6. Está probado que el 21 de noviembre de 1994, se celebró el contrato que creó la Unión Temporal DEVINORTE, entre las precitadas compañías, el cual ha sido objeto de varias modificaciones en cuanto a sus integrantes, al punto de que hoy solo tienen la calidad de integrantes de la citada Unión Temporal, las compañías que aparecen como convocadas en reconvenición en el presente escrito de demanda. (Prueba 4. Documento de conformación de unión temporal y todas sus modificaciones).

“7. Está probado que el veinticuatro (24) de noviembre de 1994, el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS y la UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL NORTE DE BOGOTÁ – DEVINORTE, suscribieron el contrato de concesión No. 0664 de 1994, para la realización de los estudios y diseños definitivos, las obras de rehabilitación y de construcción, la operación y el mantenimiento del proyecto vial denominado ‘Desarrollo Vial para el Norte de Bogotá’, en el departamento de Cundinamarca. (Prueba 5. Contrato de concesión y todas sus modificaciones).

“8. Está probado que el día primero (1) de mayo de 1999, de conformidad con la cláusula tercera del contrato de concesión No. 0664 de 1994, se firmó entre las partes el acta de inicio de la etapa de operación, la cual se ejecutó hasta el 30 del mes de noviembre de 2017, fecha en que conforme al laudo arbitral de fecha seis (6) de octubre de 2016, debía terminar la concesión en tanto que se lograba la obtención de la TIR pactada. En la actualidad el contrato se encuentra en etapa de liquidación. (Prueba 6. Acta de inicio etapa de operación).

“9. Está probado que en la propuesta presentada por el Concesionario para acceder al contrato de concesión No. 664 de 1994, en punto al mantenimiento se ofreció que ***‘En los años 7 y 8, y 13 y 14 se tiene previsto colocar una carpeta asfáltica de refuerzo de 5.0 cms de espesor a todo lo largo de la vía’*** teniéndose como punto de partida el inicio de la etapa de operación que inició en mayo de 1999. No obstante, solamente hasta el año 2005 por medio de la suscripción de Otrosí de fecha 31 de mayo de 2005, se aprobó el modelo financiero que rigió durante la vigencia del Contrato de Concesión hasta su modificación, mediante el modelo financiero del laudo arbitral del 6 de octubre de 2015 (sic). Modelos Financieros que incorporaron las provisiones presupuestales para la ejecución del Mantenimiento Periódico el cual incluye la aplicación de la capa de refuerzo en diferentes periodos por tramos, con un límite de ejecución de cinco (5) años. Es decir, que los recursos para el mantenimiento ofrecido estuvieron presupuestados y disponibles para el desarrollo de esta actividad.

‘El hecho de que el cumplimiento de la obligación de las sobre carpetas se haya postergado en el tiempo, ello no anula ni extingue la obligación y mucho menos su exigibilidad.

‘En ese sentido en el numeral 4.11 del documento *ACTUALIZACION DEL MODELO FINANCIERO Diciembre 28 de 2005 Bases de Cálculo*, se desarrollaron dichas inversiones de la siguiente forma:

#### ***‘4.11. Costos de Mantenimiento***

*‘Durante las etapas de diseño y construcción no se genera ningún valor por este concepto.*

‘A partir de mayo/99, mes de iniciación de la etapa de operación, se contemplan las siguientes partidas:

Mantenimiento Rutinario: \$12.9 millones mensuales de mayo/94 durante toda la etapa de operación a excepción del último año, que equivale a \$9.4 millones mensuales de mayo/94.  
Mantenimiento Periódico: \$25.8 millones mensuales de mayo/94.  
\$225.4 millones mensuales de mayo/94 los cuales se proyectan invertir cada 5 años una vez concluida la construcción de la obra.  
Debido a las diferentes etapas en que se desarrolla la construcción de las obras se realiza también por etapas el mantenimiento periódico aplicando un porcentaje proporcional a cada obra faltante respecto al total del costo de construcción presentado en el cuadro No.12.

‘Cuadro No.12

% DE OBRA EJECUTADA		68,67 %			
Aplicación TRAMO I		Cada (años)	Duración (años)	Desde	Hasta
1		5	2	1-Abr-04	1-Abr-06
2		5	2	1-Abr-09	1-Abr-11
3		5	2	1-Abr-14	1-Abr-16

% DE OBRA EJECUTADA		10,14 %			
Aplicación VTE CAJICA		Cada (años)	Duración (años)	Desde	Hasta
1		5	2	31-Mar-11	31-Mar-13
2		3,8	2	31-Dic-14	31-Dic-16

% DE OBRA EJECUTADA		21,18 %			
Aplicación CAPELLANIA - ZIPAQUIRA		Cada (años)	Duración (años)	Desde	Hasta
1		5	2	31-Dic-12	31-Dic-14
2		2,0	2	31-Dic-14	31-Dic-16

‘Estos valores se indexan mensualmente con el 1.6%.

‘Se modificó la segunda aplicación del mantenimiento periódico de la Variante de Cajicá y de Capellanía – Zipaquirá para realizarla durante los dos últimos años de la concesión independiente que el plazo entre la primera y segunda aplicación sea menor a 5 años’.

“(Prueba: Otrosí 31 de mayo de 2005 – Documento Bases de Cálculo Actualización Modelo Financiero – Modelo Financiero).

“10. Está probado que el día veintiocho (28) de junio de 2013, las entonces sociedades integrantes de la Unión Temporal DEVINORTE, interpusieron ante el centro de arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, una demanda arbitral en contra de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, a fin de que se dirimieran varias controversias originadas entre las partes como consecuencia de la ejecución del contrato de concesión No. 0664 de 1994, celebrado el 24 de noviembre de 1994.

“11. Está probado que en el decurso del proceso arbitral las partes con el objeto de ponerle fin a algunas de las controversias planteadas tanto por el concesionario como por la ANI, suscribieron el treinta (30) de octubre de 2015, un acuerdo conciliatorio parcial, en el cual se logró acuerdo parcial sobre unas pretensiones, como por ejemplo en la obligación de mantenimiento de los años 2004 y 2005. (Prueba 7. Acuerdo conciliatorio suscrito por las partes). Es importante destacar en este punto que lo conciliado fue el primero (1) de los dos (2) mantenimientos de sobre carpeta que fueron ofrecidos, pero no los dos (2) como equivocada y convenientemente lo entiende la convocante.

‘Para demostrar lo anterior, basta con leer el texto del acuerdo y el laudo de 6 de octubre de 2016, que dice textualmente:

‘4.1.13. PRETENSIONES RELATIVAS AL PROGRAMA DE MANTENIMIENTO

‘4.1.13.1 PRETENSIONES DECLARATIVAS

‘PRIMERA.- Que se declare que el Pliego de Condiciones del Contrato de Concesión 664 de 1994 estableció la obligación de realizar un programa de mantenimiento en el que se especificara semestralmente las tareas de mantenimiento rutinario y preventivo.

**‘SEGUNDA.-** *Que se declare que en el modelo financiero se establecieron mantenimientos periódicos, uno entre los años 2004 a 2005 y otro entre el año 2009 y 2010.*

**‘TERCERA.-** *Que se declare que no se efectuó el gasto o inversión correspondiente al mantenimiento periódico de los años 2004 - 2005, contrariando el contrato, y obteniendo un beneficio determinado por el costo de oportunidad que representa el hecho de no haber realizado la inversión y gasto requeridos para el mantenimiento en el momento contractualmente exigible.*

#### **‘4.1.13.2 PRETENSIONES CONDENATORIAS**

**‘PRIMERA.-** *Que como consecuencia de la anterior declaratoria, se ORDENE al Concesionario Devinorte pagar a la Agencia la suma de QUINCE MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS M/C (\$15.485.500,000) de 2011 o lo que resulte probado, debidamente indexado o actualizado hasta la fecha de pago, bajo los términos y condiciones previstas en el Contrato y la Ley.*

#### **‘FUNDAMENTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS DEL DESISTIMIENTO DE ESTA PRETENSIÓN POR PARTE DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**‘Aspectos fácticos:** En el decurso del proceso de negociación del presente Acuerdo Conciliatorio, las Partes llegaron a la conclusión que el programa de mantenimiento periódico tiene como único y exclusivo propósito el de mantener la vía de manera que por sus condiciones constructivas y de estado logre exhibir el Índice de Estado exigido por el contrato.

‘También constataron las Partes, principalmente la Convocada, que durante todo el período de vigencia del Contrato en su Etapa de Operación, las vías han exhibido un Índice de Estado superior a la calificación de 4.0 exigida por los pliegos y el Contrato.’

“Como se puede apreciar, el texto del acuerdo determina que lo conciliado fue la pretensión de la ANI, respecto de la primera (1) colocación de sobre carpeta de las dos (2) que fueron ofrecidas, es decir, conforme al modelo financiero del contrato, corresponde a la colocación que debía hacerse en los años 2004-2005.

“12. Está probado que el mencionado acuerdo conciliatorio suscrito entre la ANI y la UT DEVINORTE fue puesto a consideración del Tribunal Arbitral que adelantaba el proceso, el cual fue aprobado mediante auto de 24 de noviembre de 2015. (Prueba 8. Auto aprobatorio acuerdo conciliatorio parcial).

“13. Está probado que el seis (6) de octubre de 2016, el Tribunal Arbitral profirió laudo que puso fin al proceso surtido entre la UT DEVINORTE y la ANI. (Prueba 9. Laudo arbitral), que dispuso entre otras cosas: que el plazo del contrato de concesión No. 0664 de 1994, se extendería hasta el 30 de noviembre de 2017, fecha en la cual se obtenía la TIR pactada en favor del concesionario, de manera que a partir de esta fecha inició la etapa de reversión del proyecto al Estado.

“Que el Modelo Financiero es un instrumento contractual y como tal es un elemento de gestión para el debido seguimiento y control del proyecto, tal como se contempló en el Otrosí del 31 de mayo de 2005, por el cual se incorporó el Modelo Financiero al Contrato.

“En desarrollo del Tribunal de Arbitramento, se realizó la actualización del Modelo Financiero del Contrato 664 de 1994, incluyendo todos los componentes de inversión ejecutados y por ejecutar, que permitieran garantizar el equilibrio del Contrato y la obtención de la TIR del 10.93%, contemplando la terminación del Contrato el 30 de noviembre de 2017. (Ver laudo arbitral que obra como prueba documental y trasladada).

“14. Está probado que antes de la terminación del plazo de ejecución de la concesión, la interventoría del contrato Consorcio ICITY mediante varias comunicaciones exigió al concesionario DEVINORTE el cumplimiento de la obligación de mantenimiento contenida en la propuesta, y

especialmente referido a la colocación de la carpeta asfáltica de refuerzo de 5 cms., de espesor que se había ofrecido instalar en los años 13 y 14 de la concesión y a todo lo largo de la vía concesionada, ya que a las fechas de las citadas comunicaciones el concesionario no había cumplido lo ofrecido. (Prueba 10. Comunicaciones de interventoría)

“15. Está probado que el concesionario se ha negado deliberadamente al cumplimiento de dicha obligación, amparándose en todo tipo de argumentos, principalmente en el hecho de que – bajo su criterio – dicha obligación se encuentra extinguida a la luz del acuerdo conciliatorio celebrado y aprobado por el Tribunal Arbitral, y porque a juicio del concesionario, la vía cumple con el índice de estado.

“16. Está probado que la postura del concesionario no es aceptable desde ningún punto de vista, toda vez que lo conciliado hace referencia a otro periodo distinto de la obligación de mantenimiento, esto es periodo 2004-2005, que corresponde a la primera colocación de la sobre carpeta, de las dos (2) que fueron ofrecidas en el marco de la licitación; el pliego de condiciones, la propuesta del concesionario y el contrato de concesión no fueron anulados ni suspendidos en el marco del citado proceso arbitral, de manera que producen plenos efectos jurídicos, por lo que se requiere que el concesionario cumpla con la obligación de colocar una capa asfáltica de refuerzo, toda vez que se debe garantizar la estabilidad, durabilidad y servicio de la vía una vez terminada la concesión o que pague el valor equivalente en dinero.

“Además de lo anterior, jurídicamente es imposible tener como conciliadas unas obligaciones que no hicieron parte del acuerdo conciliatorio ni de la aprobación dada por el Tribunal Arbitral anterior, pues se reitera que el mantenimiento que se reclama en la reconvención es el correspondiente al segundo mantenimiento ofrecido en la propuesta del concesionario, esto es, el de los años 13 y 14 de la concesión. (Ver texto del acuerdo conciliatorio y auto aprobatorio). Deben tener de presente los Honorables Árbitros que como el contrato de concesión solo vino a adoptar un modelo financiero en el año 2005, los años o fechas de realización del mantenimiento se desplazaron a los años posteriores pero sin que ello extinga jurídicamente la obligación ni su exigibilidad.

“17. Está probado que el cumplimiento del índice de Estado no exime al concesionario del cumplimiento del mantenimiento ofrecido, toda vez que este no quedó condicionado a tal evento, y por tanto debe cumplir con lo ofrecido en la propuesta presentada en el marco de la licitación. En otras palabras, así el concesionario haya obtenido un resultado del índice de estado superior a 4.00, ello no lo exime, de realizar la instalación de la sobre carpeta a lo largo de toda la Concesión. (Ver pliego, propuesta contrato, declaraciones e interrogatorio de parte).

“18. Está probado que otra de las excusas planteadas por el concesionario para evadir el cumplimiento de la obligación de mantenimiento, es la no coincidencia de los años en que se ofreció hacer el mantenimiento, con los años reales de ejecución de las obras, pero no obstante, ello en ningún momento extingue el cumplimiento de la obligación de mantenimiento conforme a lo ofrecido en la oferta presentada en el marco de la licitación pública, pues así las obras o cada uno de los tramos se hubiere terminado en fecha posterior, la obligación de poner la carpeta asfáltica subsiste y no ha sido modificada.

“19. Está probado que el plazo de ejecución y/o la etapa de operación del contrato de concesión No. 0664 de 1994, terminó el pasado 30 de noviembre de 2017, conforme con lo ordenado en el laudo arbitral anterior, sin que el concesionario hubiere cumplido con la obligación de mantenimiento ofrecida en su propuesta, y especialmente en lo que corresponde a la colocación de una carpeta asfáltica de refuerzo de 5 cms de espesor a lo largo de la vía concesionada, pese a las insistentes solicitudes de la interventoría.

“20. Es una realidad evidente que la no colocación de la segunda sobre carpeta asfáltica de refuerzo constituye un evidente incumplimiento contractual por parte del concesionario, y por tanto debe cumplir con la obligación principal o el subrogado pecuniario.

“21. Está probado mediante la comunicación No. ICITY-039-2018, con radicado ANI 2018-409-036906-2, que el valor de la colocación de la sobre carpeta asfáltica de refuerzo es de \$22.204.462.761

en pesos de agosto de 2017, valor que es muy similar al determinado por la convocante en la demanda que fue tasada en \$25 mil millones de pesos.

“22. Está probado que como quiera que el contrato de concesión se encuentra en etapa de liquidación, y que el corredor vial fue entregado al concesionario ACCENORTE tal y como se evidencia en el acta de reversión que obra como prueba documental, los trabajos materiales sobre la vía concesionada no se pueden realizar, de manera que los integrantes de la UT Devinorte y la misma Unión temporal, deben pagar el valor equivalente de la obligación.”

Luego de transcribir algunas declaraciones rendidas por varios testigos, la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, por conducto de su Apoderado, señaló que, a su juicio, de conformidad con el acervo probatorio, cada una de las excepciones de mérito u oposiciones formuladas por ella en la contestación de la demanda arbitral quedaron probadas y en su alegato de conclusión las reprodujo con algunos aportes marginales.

#### **1.4. El Concepto de la Agente del Ministerio Público**

Respecto del caso concreto y de lo que, en su criterio, se probó en el proceso, indica, en cuanto a la obligación de instalar una sobrecarpeta asfáltica de 5cms de espesor en el año 13 a 14 por parte del Concesionario, que se debe establecer: “(i) si las CONVOCADAS en virtud del Contrato de Concesión 0664 de 1994 se obligaron a poner una sobrecarpeta asfáltica de refuerzo a lo largo de la vía concesionada en el año 13 a 14 de la concesión o de la operación de la misma, y en caso positivo, (ii) establecer si dicha obligación subsistió después de la celebración del Acuerdo Conciliatorio entre las partes durante el trámite del anterior Tribunal de Arbitramento y/o de la expedición del Laudo Arbitral del 6 de octubre de 2016, y en caso positivo (iii) si las CONVOCANTES han incumplido esta obligación.”

Para el efecto analiza en primer lugar el contenido del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública 005 de 1994; luego la propuesta que presentaron los miembros de la futura UT para el Desarrollo Vial para el Norte de Bogotá, con base en lo cual expone que “Atendiendo al tenor literal de la propuesta presentada por el futuro CONCESIONARIO, en la materia relacionada con el mantenimiento de la vía concesionada, se obligó a realizar dos clases de mantenimiento, uno que denominó rutinario y que se refiere básicamente a labores de limpieza, y otro que denominó periódico, y que hace referencia a trabajos de mantenimiento en tres (3) frentes, uno de ellos relacionado con ‘la estructura del pavimento’.

Todos los trabajos que se ofrecieron para el mantenimiento de “la estructura del pavimento” apuntan a corregir baches, fisuraciones, deformaciones, agrietamientos, desprendimientos y afloramientos, que de ser puntuales serían reparados por medio de técnicas de parcheo o sellado de grietas y se ofreció para los años 7 y 8, y 13 y 14, se entiende por el contexto, de la Etapa de Operación, la colocación de una carpeta asfáltica de refuerzo de 5.0 cms de espesor a todo lo largo de la vía, sin ningún tipo de condición.

Lo que quedó condicionado fue la definición del espesor de la carpeta, mediante la aplicación del método Shell. Se ofrecieron dos clases de refuerzo (i) concreto asfáltico de sello, o (ii) concreto asfáltico de rodadura, que se escogería de acuerdo con la evaluación detallada que se haría en la Etapa de Operación, en orden a escoger el refuerzo más conveniente y económico”.

Analiza a continuación el clausulado del Contrato de Concesión 0664 de 1994, en lo que se refiere a la obligación en comento, y concluye, hasta ahí, que “la Unión Temporal Concesionaria y sus miembros, se obligaron a realizar un mantenimiento periódico de la vía concesionada en los términos de la Propuesta presentada, a la cual se hizo referencia líneas atrás”, y que “Atendiendo el tenor literal de la propuesta presentada por el Concesionario, la obligación de colocar una carpeta asfáltica de refuerzo en los años 7 a 8 y 13 a 14 de la Etapa de operación, no quedó condicionada,

solamente la determinación del espesor y el material a utilizar, para, de acuerdo con la evaluación de la estructura del pavimento, escoger el más conveniente y económico, tal y como se expuso anteriormente”.

Se ocupa luego la señora Procuradora del examen del tema del recapeo en el Acuerdo Conciliatorio Parcial suscrito entre las partes el 30 de octubre de 2015, que fue aprobado por el Panel Arbitral anterior el 24 de noviembre de 2015, y advierte que “Las pretensiones de la Demanda de Reconvención relacionadas con el mantenimiento periódico en los años 13 y 14 de la Concesión no fueron desistidas en virtud o como consecuencia del Acuerdo Conciliatorio”.

Como sustento de su afirmación precisa que fueron otras pretensiones las que se desistieron “tal y como consta en el texto del acuerdo conciliatorio, tanto las tres (3) pretensiones declarativas, sobre (i) la existencia de la obligación de realizar un programa de mantenimiento rutinario y preventivo en el Pliego de Condiciones, (ii) la inclusión en el modelo financiero de mantenimientos periódicos en los años 2004 a 2005 y 2009 a 2010, y (iii) la relacionada con el incumplimiento de la obligación correspondiente al mantenimiento periódico correspondiente a los años 2004 a 2005 (que corresponden a los años 7 a 8 de la Etapa de Operación, así como la pretensión por medio de la cual se solicitaba condenar a las CONVOCANTES a pagar a la Agencia Nacional de Infraestructura el valor de dicho mantenimiento periódico. // De lo anterior se concluye que la pretensión relacionada con la declaración de incumplimiento de la obligación de realizar un segundo mantenimiento periódico a la vía en los años 13 y 14 de la Etapa de Operación, y la pretensión condenatoria consecuencial, no fueron desistidas por las partes cuando suscribieron el Acuerdo Conciliatorio del 30 de octubre de 2015”. En virtud de lo antes expuesto afirma que “el supuesto desistimiento de estas pretensiones no impide reclamar judicialmente el cumplimiento de la obligación relacionada con el mantenimiento periódico correspondiente a los años 13 y 14 de la Etapa de Operación, que no fue objeto de acuerdo (...). En otras palabras, el alcance del supuesto “desistimiento” no comprende la obligación antes mencionada, con los efectos de cosa juzgada”. Igual señala que “que si bien las partes manifestaron que “desistían” cada una de algunas de sus pretensiones en los términos del inciso 3° del artículo 312 del CGP, artículo éste que guarda relación con la figura de la transacción, no con el desistimiento de las pretensiones de la demanda, lo cierto es que lo que celebraron las partes fue un acuerdo conciliatorio mediante el cual pusieron fin a las controversias derivadas de las pretensiones sobre las que manifestaron de manera impropia que ‘desistían’, acuerdo mediante el cual se realizaron concesiones mutuas y que produce efectos de cosa juzgada en relación con su objeto.”

Se remite luego el Ministerio Público al Laudo Arbitral proferido el 6 de octubre de 2016, en el anterior proceso adelantado entre las mismas Partes, y transcribe lo resuelto en cuanto a la actualización del modelo financiero de 2005 y los parámetros fijados por el Tribunal para el efecto, luego de lo cual afirma que: “para esta agencia del Ministerio Público es claro que respecto del mantenimiento periódico y rutinario no se realizó ningún ajuste al Modelo Financiero de 2005, el cual se conservó, salvo el cambio de las fechas en que debía realizarse dicho mantenimiento como consecuencia del desplazamiento de las fechas de terminación de las obras, y la inclusión de una obra que no estaba contemplada. // En consecuencia, se concluye que el Modelo Financiero de 2005 ajustado por el H. Tribunal de Arbitramento que concluyó en 2016, continuó incluyendo los recursos necesarios para la colocación de una sobrecarpeta asfáltica de refuerzo de 5cms de espesor a lo largo de la vía concesionada en los años 7 a 8 de la Etapa de operación, y en los años 13 a 14 de la misma etapa. // Igualmente, y teniendo en cuenta que la Etapa de Construcción de acuerdo con el ajuste al modelo financiero de 2005 tuvo ocurrencia el 30 de abril de 1999, los años 7° y 8° corresponderían a los años 2006 y 2007 para efectos de la realización del primer mantenimiento periódico, y los años 13 a 14 serían los años 2012 a 2013 para la realización del 2° mantenimiento periódico. // No obstante lo anterior, se observa por esta agencia del Ministerio Público, que en el Acuerdo conciliatorio celebrado por las partes el 30 de octubre de 2015, se relevó al Concesionario de la obligación de realizar el mantenimiento periódico previsto en el Contrato 0664 de 1994 en los años 7 a 8 de la Etapa de Operación, (...)”

De conformidad con lo anterior, expone que “resulta imposible por la ANI pretender darle un alcance diferente, so pena de desconocer el principio de la buena fe contractual que se debe observar en la ejecución y cumplimiento de las obligaciones derivadas de su relación contractual. // Resulta pertinente recordar que una de las reglas para la interpretación de las cláusulas contractuales que resultan oscuras, lo constituye la conducta contractual de las partes, la cual debe ser tenida en cuenta por el juez en la resolución de las controversias que sobre ellas se susciten”.

La señora Agente del Ministerio Público se detiene enseguida en el examen del experticio elaborado por el Ingeniero Jaime D. Bateman Durán en diciembre de 2017, y considera que no obstante que el perito aportó como Anexos a su experticia el Informe de Estado No. 10 de enero de 2017 de la firma Interventora del Proyecto “ignoró sus conclusiones, pues en manera alguna se refiere a ellas, ni las desvirtúa. Las conclusiones del perito Bateman se basan en el Índice de Estado Promedio Ponderado del sistema vial que en su concepto es de 4.62, superior a 4.0 exigido por el Contrato, desconociendo que existen tramos en los cuales se presenta deterioro estructural del pavimento, trayectos que fueron identificados e individualizados en el informe de la Interventoría, (...)”

Agrega que “si bien las partes conciliaron el 30 de octubre de 2015 la controversia que sostenían sobre el incumplimiento de la obligación del Concesionario de instalar una primera carpeta asfáltica de refuerzo de 5cms de espesor a lo largo de la vía en los años 7 a 8 de la Etapa de Operación, se encuentra demostrado en el proceso que el CONCESIONARIO realizó mantenimiento de recapeo en algunos tramos de la vía, con base en una primera evaluación del estado del pavimento del Sistema Vial del Norte de Bogotá realizada por la firma BATEMAN Ltda. en el año 2006, evaluación en la que se identificaron los tramos que requerían este mantenimiento, no obstante que las conclusiones generales sobre el estado del pavimento, atendiendo un criterio promedio ponderado determinaron una excelente condición con una vida residual superior a 20 años”. Y cita la Comunicación ICITY 0196-17 del 13 de julio de 2017 sobre el tema.

Por lo expuesto, concluye la Señora Agente del Ministerio Público:

“(…), lo convenido por las partes en el acuerdo conciliatorio, junto con su comportamiento contractual, claramente indican el entendimiento y alcance que ellas le dieron a la obligación del Concesionario de instalar una sobrecarpeta asfáltica de refuerzo de 5cms de espesor a lo largo de la vía en los años 7 a 8 y 13 a 14 de la Etapa de Operación de la Concesión, en el sentido de que la obligación no comprende la instalación de una sobrecarpeta asfáltica de 5cms a lo largo de toda la vía, sino solamente en los tramos en los cuales el pavimento no exhiba el índice de Estado requerido en el Contrato, o muestre deterioro o fatiga estructural.

“No resulta entonces acorde con el comportamiento contractual de las partes, que el Concesionario se ampare en las conclusiones generales del dictamen pericial del Ingeniero Jaime D. Bateman, en el cual se informa sobre un índice de Estado de la vía Promedio Ponderado de 4.62, superior al requerido por el Contrato, para desconocer su obligación de darle mantenimiento a los tramos en los cuales se presenta deterioro estructural del pavimento, como sí lo hizo en el pasado, en los años 2007 a 2008, con fundamento en una Evaluación similar, realizada por la firma BATEMAN Ltda. del año 2006, en la que a pesar de informar sobre la existencia de un Índice de Estado ponderado de la vía acorde con la exigencia del Contrato, puso de presente los tramos de la vía que requerían mantenimiento y el CONCESIONARIO procedió a realizar los mantenimientos pertinentes”.

Con base en la anterior interpretación la señora Agente del Ministerio Público solicita al Tribunal:

“(…), que en este punto en particular, niegue la pretensión primera de la demanda principal y acceda parcialmente a las pretensiones Primera, Segunda, Tercera y Primera subsidiaria a la Cuarta Principal de la Demanda de Reconvención Reformada, declarando que las DEMANDANTES y la UT DEVINORTE estaban obligadas a cumplir con la oferta contenida en el numeral 9.2 del



Tomo I, Volumen VI de la Propuesta en los años 13 a 14 de la Etapa de Operación y condenarlas a reconocer y pagar a la ANI el valor del mantenimiento requerido en los tramos en los que la vía presentaba deterioro estructural del pavimento para enero de 2017, de acuerdo con el Informe de Estado No. 10 presentado por la Interventoría, dado que el plazo del Contrato de Concesión 0664 de 1994 ya expiró y resulta improcedente condenar a las DEMANDANTES a realizar los trabajos de mantenimiento requeridos.

“Para esta agencia del Ministerio Público es claro, por una parte, que las partidas para la realización de dos (2) mantenimientos periódicos a la carpeta asfáltica de la vía concesionada durante la ejecución del Contrato de Concesión 0664 de 1994, fueron incluidas en el Modelo Financiero de 2005 y no se modificaron posteriormente, y por otra, que el riesgo constructivo del Proyecto de Desarrollo Vial del Norte de Bogotá- DEVINORTE- se asignó al CONCESIONARIO; en consecuencia, en aplicación de la Sentencia de la Sección Tercera del H. Consejo de Estado del 31 de octubre de 2007, Radicación 1996-0298, citada en el Laudo Arbitral proferido el 6 de octubre de 2016, las consecuencias negativas de la realización del riesgo constructivo, como las positivas de su no realización, no se pueden trasladar a la parte que no lo asumió.

“Como quiera que se demostró que la vía concesionada requería mantenimiento mediante la instalación de una sobrecarpeta asfáltica de refuerzo en algunos de sus tramos en los años 13 a 14, el costo de dicho mantenimiento constituye un efecto negativo de la realización del riesgo constructivo asumido por el CONCESIONARIO y el excedente del valor del 2º mantenimiento periódico al pavimento, debe quedar en cabeza del CONCESIONARIO, como consecuencia positiva de la no realización del riesgo constructivo en el resto de la vía, la cual presentaba un Índice de Estado acorde con el requerido en el Contrato y no mostraba deterioro estructural del pavimento”.

## 1.5. Consideraciones del Tribunal

El Tribunal analizará y resolverá a continuación la Pretensión Primera de la demanda arbitral, advirtiendo que tal pretensión tiene su espejo en las pretensiones antagónicas u opuestas primera, segunda, tercera y cuarta principales de la demanda de reconvención reformada.

Por ello, el análisis que en este aparte se hace de esta primera pretensión declarativa de la demanda arbitral servirá igualmente para analizar las pretensiones primera, segunda, tercera y cuarta principales de la demanda de reconvención reformada, por lo que a dicho análisis y motivación se remitirá más adelante para resolverlas.

De conformidad con el Pliego de Condiciones de la Licitación que sirvió de antecedente al Contrato de Concesión, en el “CAPÍTULO II. CONDICIONES PARTICULARES”, numeral “2.4. CONTENIDO DE LA PROPUESTA”, ésta debía contener:

### “2.4.1. DOCUMENTOS DE LA PROPUESTA

(...)

“H. Propuesta para la operación del proyecto; que incluye el mantenimiento de las obras y la administración del proyecto, de acuerdo con las condiciones establecidas en el numeral 2.4.5.”

Por su parte, en el numeral 2.4.5., se estableció:

### “2.4.5. PROPUESTA PARA LA OPERACIÓN DEL PROYECTO

(...)

‘La propuesta para la operación del proyecto debe contener los siguientes puntos:

‘A. Características generales de la operación:

(...)

- Los métodos constructivos que se ofrecen para llevar a cabo el mantenimiento de la obra. Debe incluirse un listado de las actividades a ser desarrolladas para el mantenimiento de la obra ya sean rutinarias, preventivas o de construcción parcial, y los recursos que cada una de ellas demanda.

(...)

‘B. Programa para el mantenimiento de la obra.

‘En el que se especifique semestralmente las tareas de mantenimiento rutinario y preventivo que deben desarrollarse para conservar y operar la obra en un todo de acuerdo con las condiciones de este Pliego y con el Reglamento para la Operación de Carreteras Concesionadas que se anexa. El programa debe realizarse sobre las actividades de conservación descritas en el literal anterior.’

En el CAPÍTULO III. REGLAMENTO PARA LA OPERACIÓN DE LAS CARRETERAS CONCESIONADAS”, numeral “9. CONDICIONES PARA EL PAVIMENTO”, se previó que “El Concesionario deberá realizar los trabajos de conservación, reparación y reconstrucción, necesarios para cumplir con las Normas de Mantenimiento de Carreteras Concesionadas, y un Índice de Estado de cuatro (4).”

Finalmente, el Anexo No. 2 contempló las “NORMAS DE MANTENIMIENTO PARA CARRETERAS CONCESIONADAS”, en el cual se establecieron las relacionadas con la “REPARACIÓN DE PAVIMENTO” (Numeral 5) y el “SELLADO DE GRIETAS EN PAVIMENTOS”, así:

#### “5. REPARACIÓN DE PAVIMENTO

##### “5.1. DESCRIPCIÓN

“Este trabajo comprende la excavación y remoción de los materiales, a diferentes profundidades, en las áreas del pavimento que el interventor considere falladas o deterioradas para el posterior refuerzo del mismo.

“Comprende el cargue y el transporte de los materiales excavados hasta el sitio de desecho que indique el interventor. Comprende también la compactación del fondo de las excavaciones la pintura con producto asfáltico de este y de las paredes del hueco y el relleno con material de base o mezcla asfáltica según la profundidad.

##### “5.2. PROCEDIMIENTO DE CONSTRUCCIÓN

“Los trabajos de reparación del pavimento se deberán ejecutar en los sitios señalados por el interventor, utilizando equipos mecánicos como compresor y martillos neumáticos, escarificadoras, fresadoras o por medios manuales dependiendo del área por reparar.

“De todos modos los bordes de la excavación deben formar ángulos rectos en sus vértices. Deberán ser verticales. El fondo de la excavación deberá ser plano y compactarse al 95% de la densidad máxima Proctor Modificado si es un material granular.

“En ningún caso se dejarán excavaciones expuestas al tránsito.

#### “6. SELLADO DE GRIETAS DE PAVIMENTO

##### “6.1. DESCRIPCIÓN

“Este trabajo comprende las labores necesarias para el sellado de grietas que se presenten en pavimentos asfálticos o de concreto de cemento, tales como la limpieza, secado y relleno de la grieta con un producto bituminoso o con una mezcla de este con arena o con otro material debidamente

aprobado por el interventor. Comprende la mano de obra y materiales necesarios para la ejecución de los trabajos de sellado de grietas.

#### “6.2 PROCEDIMIENTO DE CONSTRUCCIÓN

“Los trabajos de sellado de grietas en pavimentos se deberán ejecutar en los sitios señalados por el interventor, utilizando los materiales requeridos de acuerdo con la magnitud de la grieta, previa remoción de los materiales sueltos o inadecuados. Se podrán utilizar equipos mecánicos o métodos manuales para la ejecución de esta operación.”

En virtud del contrato de promesa de asociación futura en Unión Temporal conformada por Fiduciaria del Estado S.A., Cano Jiménez Estudios y Construcciones Ltda., Equipo Universal Ltda., Castro Tcherassi Ltda., Topco S.A., Civilia Ltda., Wackenhut de Colombia S.A., Colserauto S.A., Enfaseguros Ltda., Instituto de Fomento Industrial IFI y Corfitolima S.A., mediante comunicación calendada el 29 de julio de 1994, ésta presentó al Instituto Nacional de Vías – INVÍAS, propuesta en siete (7) volúmenes, cuya copia aparece en los Cuadernos Nos. 2, 3 y 4 de Pruebas del Proceso 2975, para la construcción del Proyecto Vial del Norte de Bogotá por el sistema de Concesión, de acuerdo con los Pliegos de Condiciones y demás documentos de la Licitación No. 005-94.

En el Volumen VI, Tomo I, está contenido, entre otros, el programa de mantenimiento de la vía que ofreció realizar el proponente, en los siguientes términos:

#### “9.2 PROGRAMA PARA EL MANTENIMIENTO DE LA VÍA

“Se han clasificado dos tipos de mantenimiento así:

- Rutinario

“Se refiere a las labores de rocería, limpieza de obras de drenaje, limpieza de descoles e incoles, limpieza de señales, y reposición de taches reflectivos, etc.

- Periódico

“Incluye trabajos de parcheo, colocación de sobrecarpetas, revaluación de la señalización horizontal, reconformación de taludes, suministro e instalación de delineadores de ruta, señales verticales, poste de referencia, reparación de obras de arte.

“Durante la etapa de diseños definitivos cuantificaremos el alcance de cada uno de los trabajos requeridos, de acuerdo con la siguiente metodología:

- Mantenimiento rutinario

“Como primera etapa se hará un inventario físico detallado a lo largo de la vía, identificando y cuantificando las labores a realizar, los cuales llevaremos a cabo tan pronto se haya iniciado la etapa de operación.

#### “MANTENIMIENTO PERIODICO.

“Se distinguen tres frentes básicos de trabajo como son:

“1. Estructura de pavimento

“2. Señalización y seguridad vial

“3. Mantenimiento de obra de drenaje y de andenes

“1. Estructura de Pavimento

“Para la cuantificación de los trabajos necesarios se requiere la correcta y detallada identificación y evaluación periódica del pavimento existente, el cual consiste en medir las características superficiales y sus deflexiones (Viga Benkelman) para determinar su valor estructural residual.

“Dentro de las características superficiales se incluirá información acerca de baches, drenaje, condiciones ambientales y principalmente el tipo y cantidad de fisuración. Los daños superficiales se podrán clasificar en deformaciones, fisuraciones, agrietamientos, desprendimientos y afloramientos.

“Con base en los parámetros ya mencionados identificaremos las zonas y/o sitios, cuyo mantenimiento y/o reparación sea de tipo puntual o de refuerzo continuo.

“Las principales técnicas de reparación puntual podrían ser:

- Parcheo
- Sellado de Grietas

“En los años 7 y 8, y 13 y 14 se tiene previsto colocar una carpeta asfáltica de refuerzo de 5.0 cms de espesor a todo lo largo de la vía.

“La verificación del espesor del refuerzo se definirá con base en el método Shell, que considera el análisis elástico esfuerzo – deformación de las diferentes capas de la estructura existente. El tipo de refuerzo será en principio concreto asfáltico de sello o de rodadura, aunque la evaluación detallada durante la etapa de operación y mantenimiento concluirá en el más conveniente y económico.

“Señalización y Seguridad Vial

“Con base en un inventario físico periódico de todas las señales verticales, demarcaciones, defensas metálicas y de los puentes peatones; indicando su estado y funcionalidad; se definirá el mantenimiento y/o revaluación del sistema en general requerido.

“3. Reconstrucción de obras de drenaje

“Un inventario físico detallado a lo largo de toda la vía determinarán los sitios donde se presenten fallas en las obras, a las cuales se les realizarán diseños de Ingeniería correctivo y/o preventivo.”

Adjudicado y celebrado el Contrato de Concesión No. 0664 de 1994, las Partes acordaron que, durante la ejecución de la etapa de Operación, el funcionamiento del proyecto se debía ajustar a lo establecido en el **Reglamento de la Operación de la Carretera**, anexo al Contrato de Concesión. La Unión Temporal Concesionaria se obligó a mantener el proyecto con un nivel de servicio que alcanzara una calificación mínima de 4.0 puntos, conforme a las “**Normas de Mantenimiento para Carreteras Concesionadas**”, que formaban parte del Pliego de Condiciones. Las revisiones se efectuarían cada tres meses. El incumplimiento de estas obligaciones durante la ejecución del contrato, causaría a la Unión Temporal Concesionaria la imposición de multas proporcionales al valor del Contrato y/o a los perjuicios sufridos por la entidad pública concedente, lo cual se debía hacer mediante resolución motivada cada vez que se comprobara esta omisión con el informe de la Interventoría o con el resultado de las diligencias ordenadas por la entidad pública concedente para tal caso.

En el numeral 9 del Reglamento para la Operación del Proyecto Vial “Desarrollo Vial del Norte de Bogotá”, Condiciones para el Pavimento, se previó que la Unión Temporal Concesionaria debía realizar los trabajos de conservación, reparación y reconstrucción, necesarios para cumplir con las normas de Mantenimiento de Carreteras Concesionadas, y un Índice de Estado de Cuatro (4).

También, como se puede observar al revisar lo ocurrido en el Tribunal de Arbitramento convocado por los integrantes de la Unión Temporal DEVINORTE contra la Agencia Nacional de

Infraestructura (Trámite No. 2975) fueron, entre otras, pretensiones de la demanda de reconvencción allí presentada y tramitada, las siguientes:

**“4.1. PRETENSIONES POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO**

(...)

**“4.1.13 PRETENSIONES RELATIVAS AL PROGRAMA DE MANTENIMIENTO**

**“4.1.13.1 PRETENSIONES DECLARATIVAS**

**“PRIMERA.-** Que se declare que el Pliego de Condiciones del Contrato de Concesión 664 de 1994 estableció la obligación de realizar un programa de mantenimiento en el que se especificara semestralmente las tareas de mantenimiento rutinario y preventivo.

**“SEGUNDA.-** Que se declare que en el modelo financiero se establecieron mantenimientos periódicos, uno entre los años 2004 a 2005 y otro entre el año 2009 y 2010.

**“TERCERA.-** Que se declare que no se efectuó el gasto o inversión correspondiente al mantenimiento periódico de los años 2004 – 2005, contrariando el contrato, y obteniendo un beneficio determinado por el costo de oportunidad que representa el hecho de no haber realizado la inversión y gasto requeridos para el mantenimiento en el momento contractualmente exigible.

**“4.1.13.2 PRETENSIONES CONDENATORIAS**

**“PRIMERA.-** Que como consecuencia de la anterior declaratoria, se ORDENE al Concesionario Devinorte pagar a la Agencia la suma de QUINCE MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS M/C (\$15.485.500.000) de 2011 o lo que resulte probado, debidamente indexado o actualizado hasta la fecha de pago, bajo los términos y condiciones previstas en el Contrato y la Ley.

(...)”

Para sustentar las anteriores pretensiones, la Agencia Nacional de Infraestructura enunció como hechos los siguientes:

(...)

**“5.16 HECHO DÉCIMO SEXTO. Relativos al programa de mantenimiento.**

*“El pliego de condiciones en el literal B establece que ‘...se realizará un programa de mantenimiento en el que se especifique semestralmente las tareas de mantenimiento rutinario y preventivo que deben desarrollarse para conservar y operar la obra en un todo de acuerdo con las condiciones de este Pliego y en el Reglamento para la Operación de Carreteras Concesionadas que se anexa. El programa debe realizarse sobre las actividades de conservación descritas en el literal anterior...’ es decir, entre otras actividades, ‘...los métodos constructivos que se ofrecen para llevar a cabo el mantenimiento de la obra. Debe incluirse un listado de las actividades a ser desarrolladas para el mantenimiento de la obra ya sean rutinarias, preventivas o de reconstrucción parcial, y los recursos que cada una de ellas demanda.’*

*“En el modelo financiero se establecieron mantenimientos periódicos, uno entre los años 2004-2005 y otro 2009-2010, por lo que se evidencia que no se efectuó el gasto correspondiente al mantenimiento periódico de los años 2004 -2005.”*

Al referirse a las anteriores pretensiones, la Parte Convocada en reconvencción señaló lo siguiente:

**“4.1.13. PRETENSIONES RELATIVAS AL PROGRAMA DE MANTENIMIENTO.**

*“Al desarrollar las pretensiones declarativas, en primer lugar, la convocada confunde entre la obligación semestral de programar las tareas de mantenimiento rutinario y periódico y la consistente*

en ejecutarlas. De otro lado, también pretermite el contenido del Pliego [en lo que dice relación al llamado mantenimiento periódico] el cual señala, sin atisbo de duda, que éste como el rutinario se han de orientar a lograr el Nivel de Servicio o también llamado Índice de Estado en magnitud de 4.0; sin más propósito. Por manera que lo que importa es que una y otra actividad (rutinaria y periódica) como obligaciones de medio, logren el resultado que como obligación final se persigue. Como quedará probado esta obligación de fin ha sido permanente y consistentemente cumplida por el Concesionario y los mantenimientos periódicos a que han sido sometidas las vías han sido los idóneos y suficientes para lograr el cumplimiento del imperioso resultado. De hecho, como también quedará establecido, las modificaciones iniciales a la estructura de la vía, al igual que las intervenciones posteriores significaron para la entidad Concesionaria una inversión muy superior a la proyectada en el Modelo inicial.

“En cuanto a la pretensión condenatoria iteramos que en el caso de una eventual condena, esta ha de ser por el específico concepto a que alude la Convocada, vale decir, el costo de oportunidad entendido como los réditos, beneficios o utilidades que ha perdido quien reclama el concepto como efecto directo del no cumplimiento del débito obligacional que quien pide afirma haber dejado de embolsar; según se ha dicho por parte de los expertos en finanzas y materias económicas.

“Vista la noción de costo de oportunidad, sin duda como muchos otros conceptos éste parece atraído azarosamente sin que, al menos en apariencia, nada tenga que ver con lo disputado. Pero eso es lo que se pide y eso será lo que tiene que ser despedido favorable o negativamente.”

Al referirse a los hechos en que se fundamentan las pretensiones, la Parte Convocada en reconvencción señaló lo siguiente:

### **“III.- A LOS HECHOS**

“Para referirnos a los hechos que conforman la causa de la petición, seguiremos el mismo orden propuesto por la Convocada.

(...)

#### **“AI HECHO DÉCIMO SEXTO. Relativos al programa de mantenimiento**

“Será indudable el texto transcrito en cuanto refleje el original. Es cierto que los mantenimientos periódicos efectuados sobre la vía no se hicieron en los años de inicial proyección. Los mantenimientos periódicos se hicieron en oportunidad temporal diferente, en la medida en que estos resultaban necesarios para que las vías concesionadas exhibiesen el Nivel de Servicio o Índice de Estado de 4.0 a que obliga el Contrato de Concesión y su Reglamento de Operación, como de manera conteste con lo asentado enantes por nosotros sobre este mismo tópico (cuando nos opusimos a la pretensión basada en este imaginario incumplimiento) lo afirma la Convocada cuando presenta sus descargos ante la Contraloría General de la República con ocasión del traslado que se le hizo de los Hallazgos de diferente naturaleza que ésta patentizó al desarrollar su labor de auditoría sobre la gestión de la Convocada.”

De conformidad con lo anterior, las Convocadas en reconvencción formularon las siguientes excepciones de mérito, contradicciones y defensas.

#### **“4.1.13. PRETENSIONES RELATIVAS AL PROGRAMA DE MANTENIMIENTO**

“Se demostrará con absoluta certeza que los años identificados como los de perpetración de mantenimiento periódico se mentaron a guisa de simple proyección; que el único sentido y fin de la actividad de mantenimiento periódico es el de mantener las vías concesionadas en el Nivel de Servicio o Índice de Estado exigidos por el Contrato y el Reglamento de Operaciones; que, de consiguiente, el mantenimiento periódico ostenta la naturaleza de obligación de medio enfrente de la de resultado consistente en la obtención y preservación del Índice de Estado.

“Entonces logrado esto, la obligación ha de entenderse cumplida. No existiendo la causa para las declaraciones que se impetran su despacho denegatorio implica, por vía de consecuencia, el desechamiento de la declaración de condena.”

Finalmente al analizar el Juramento Estimatorio hecho en la demanda de reconvención, la Parte Convocante y Convocada en reconvención señaló lo siguiente:

**“V. CONSIDERACIONES ACERCA DEL JURAMENTO ESTIMATORIO DE LA PARTE CONVOCADA**

(...)

“... analizaremos una a una de las pretensiones, pero tan solo ocupándonos del cálculo de su cuantía; bajo la clara advertencia que el ocuparnos de analizar su exactitud de manera alguna connota nuestra aceptación a su imposición y/o despacho favorable; toda vez que simplemente debatimos la justeza del Juramento Estimatorio. Veamos:

(...)

**“Pretensión 4.1.13 – Pretensiones Relativas al Programa de Mantenimiento.**

“La ANI solicita al tribunal se declare el incumplimiento de la ejecución, por parte del Concesionario, del mantenimiento periódico de los años 2004 – 2005 contemplado en el Modelo Financiero y pactado contractualmente. La pretensión anterior, supone una compensación por valor de COP15.485.000.000 de 2011.

*“Revisión Cálculo*

“Para la revisión del cálculo efectuado por la ANI, se tomaron los mantenimientos periódicos proyectados en el Modelo Financiero de diciembre de 2005, los cuales según la ANI no se realizaron para el período entre abril de 2004 y abril de 2006. La suma de estos mantenimientos periódicos, de acuerdo con el Modelo Financiero, ascienden a COP 3.258.340.820 mayo-94.

*“Comentarios a la pretensión*

“De acuerdo con nuestros cálculos los COP 3.258.340.820 mayo-94 equivalen a 15.314.418.138 oct-13 **(Anexo 1, Numeral 1.1.11).**”

Surtido el trámite correspondiente en el citado proceso arbitral y bien adelantada la etapa probatoria, el 30 de octubre de 2015, las Partes suscribieron un Acuerdo Conciliatorio en el marco del Tribunal de Arbitramento convocado por los integrantes de la Unión Temporal DEVINORTE contra la Agencia Nacional de Infraestructura, en virtud del cual, en lo que se refiere a los temas objeto de análisis, las Partes acordaron lo siguiente:

“El presente acuerdo de conciliación se rige por las siguientes cláusulas:

**“CLÁUSULA PRIMERA: Pretensiones Desistidas.**

“En los términos del inciso 3 del artículo 312 del Código General del Proceso, las partes acuerdan desistir de las siguientes pretensiones contenidas en la reforma de la demanda arbitral sustitutiva y su reforma, así como en la demanda de reconvención, sin que ello genere condena en costas ni perjuicios.

(...)

**“De la demanda de reconvención, versión sustitutiva, y su reforma.**

“Por su parte, la **Agencia Nacional de Infraestructura**, desiste de las siguientes pretensiones expresadas en la demanda de reconvención:

#### **“4.1. PRETENSIONES POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO**

(...)

##### **“4.1.13. PRETENSIONES RELATIVAS AL PROGRAMA DE MANTENIMIENTO**

###### **“4.1.13.1 PRETENSIONES DECLARATIVAS**

**“PRIMERA.-** *Que se declare que el Pliego de Condiciones del Contrato de Concesión 664 de 1994 estableció la obligación de realizar un programa de mantenimiento en el que se especificara semestralmente las tareas de mantenimiento rutinario y preventivo.*

**“SEGUNDA.-** *Que se declare que en el modelo financiero se establecieron mantenimientos periódicos, uno entre los años 2004 a 2005 y otro entre el año 2009 y 2010.*

**“TERCERA.-** *Que se declare que no se efectuó el gasto o inversión correspondiente al mantenimiento periódico de los años 2004 - 2005, contrariando el contrato, y obteniendo un beneficio determinado por el costo de oportunidad que representa el hecho de no haber realizado la inversión y gasto requeridos para el mantenimiento en el momento contractualmente exigible.*

###### **“4.1.13.2 PRETENSIONES CONDENATORIAS**

**“PRIMERA.-** *Que como consecuencia de la anterior declaratoria, se ORDENE al Concesionario Devinorte pagar a la Agencia la suma de QUINCE MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS M/C (\$15.485.500,000) de 2011 o lo que resulte probado, debidamente indexado o actualizado hasta la fecha de pago, bajo los términos y condiciones previstas en el Contrato y la Ley.*

#### **“FUNDAMENTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS DEL DESISTIMIENTO DE ESTA PRETENSIÓN POR PARTE DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**“Aspectos fácticos:** En el decurso del proceso de negociación del presente Acuerdo Conciliatorio, las Partes llegaron a la conclusión que el programa de mantenimiento periódico tiene como único y exclusivo propósito el de mantener la vía de manera que por sus condiciones constructivas y de estado logre exhibir el Índice de Estado exigido por el contrato.

“También constataron las Partes, principalmente la Convocada, que durante todo el período de vigencia del Contrato en su Etapa de Operación, las vías han exhibido un Índice de Estado superior a la calificación de 4.0 exigida por los pliegos y el Contrato.

**“Aspectos jurídicos:** Siendo entonces la obtención del Índice de Estado una obligación de resultado, es claro que el medio para obtenerlo solo es exigible en la medida que su ejecución sea un requisito “*sine qua non*” para lograr el fin perseguido; por manera que obtenido éste, resulta inexigible por inconducente el medio estipulado para lograr el propósito final.

**“Pruebas:** Informe de ICITY relativo al Índice de Estado durante la vigencia del Contrato de Concesión 0664 de 1994. Este informe comprueba que durante todo el tiempo de duración del Contrato de Concesión, el Índice de Estado exigido a los Partícipes de la Unión Temporal ha sido cumplido<sup>246</sup>

(...)

“Igualmente, las partes desisten de las excepciones de mérito mutuamente formuladas en sus respectivos escritos de contestación tanto a la demanda inicial, versión sustitutiva, como a la de reconvencción, versión sustitutiva, frente a las pretensiones que son materia del presente Acuerdo de Conciliación. Para los efectos a que haya lugar, dichas excepciones de mérito se entienden desistidas en lo que respecta exclusivamente a las pretensiones conciliadas, por lo cual el Tribunal no deberá

---

<sup>246</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Ver Anexo No. 1



hacer pronunciamiento sobre ellas en el Laudo Arbitral que habrá de proferirse, en el cual solamente se resolverá sobre la prosperidad o no de las pretensiones y excepciones que no son objeto del presente acuerdo parcial de conciliación.

“En virtud de lo anterior, las partes en ejercicio de su autonomía de la voluntad y con arreglo a la Ley renuncian expresamente a realizar cualquier reclamación presente o futura; específicamente sobre las pretensiones que aquí se desisten y respecto de los hechos que han originado tales pretensiones, acontecidos hasta la fecha de suscripción del presente documento, como quiera que aceptan de manera incondicional que con el presente Acuerdo Conciliatorio se declaran transigidas sus diferencias sobre estas materias, reconociéndole efectos de cosa juzgada y mérito ejecutivo a la luz de lo previsto en la ley colombiana.

“El desistimiento de pretensiones contenido en esta Cláusula tiene su fundamento en los acuerdos a que han llegado las partes y que aparecen consignados en las siguientes cláusulas.

“**CLÁUSULA SEGUNDA:** Que, como ya se dijo, no obstante las opuestas convicciones que cada Parte exhibió en sus sendos escritos a lo largo del proceso, con el ánimo de desactivar la controversias que desarrollan las pretensiones desistidas y atrás transcritas, concilian sus opuestas pretensiones y se obligan a lo siguiente:

**“1. Obligaciones a cargo de los Partícipes de la Unión Temporal Devinorte**

(...)

“1.13. Dentro de los 30 días siguientes, contados a partir de la fecha de la aprobación por el Panel Arbitral del presente acuerdo, suministrar a la ANI- el reporte de la totalidad de las inversiones efectuadas en mantenimiento periódico del Sistema Vial Concesionado durante todo el período de vigencia transcurrido del Contrato de Concesión. 22 <sup>247</sup> Se desiste ya que según informe del interventor xxx cumple con el Índice de Estado.

(...)

“**PARÁGRAFO.-** Todas las sumas dinerarias que connoten una partida de ingreso o egreso imputable al Modelo Financiero, serán registradas y contabilizadas como resulte acorde a la manera como el Laudo Arbitral que se profiera defina debe ser interpretado y actuado tal instrumento de las finanzas del Contrato. De igual forma, todos los efectos financieros que generen las modificaciones de los cronogramas de inversión se realizarán según lo defina el Laudo Arbitral.

(...)

**“CLÁUSULA SEXTA: Alcance de los acuerdos**

“Los acuerdos a que han llegado las Partes no implican reconocimiento o aceptación de incumplimiento de las obligaciones a cargo de cada una de ellas, por cuanto su único propósito es ponerle fin a las disputas contractuales que son objeto del Tribunal de Arbitraje.

**“CLÁUSULA SÉPTIMA: Coadyuvancia de la Unión Temporal para el Desarrollo del Norte de Bogotá – Devinorte**

“No obstante que la Unión para el Desarrollo del Norte de Bogotá Devinorte no está vinculada al proceso arbitral como Convocante o como Contrademandada, sino como *Litisconsorte necesario*, el presente acuerdo también lo suscribe la Unión Temporal en señal de coadyuvar lo aquí acordado entre la ANI y todos y cada uno de los Partícipes que actualmente la conforman.

(...)

---

<sup>247</sup> Proceso Arbitral No. 2975: Nota de pie de página del Acuerdo de Conciliación: “<sup>22</sup> Las Partes reconocen que la obligación a cargo de las Convocantes es de resultado y que éste, representado en el Índice de Estado, durante todo el tiempo de duración del Contrato ha venido siendo cumplido por las Convocantes.”

**“CLÁUSULA NOVENA: De la continuación del trámite arbitral**

“Una vez aprobado el presente acuerdo conciliatorio, el proceso arbitral deberá continuar su trámite en el estado en que se encuentra, entendiéndose excluidos los asuntos objeto de conciliación.

**“V. DE LAS PRUEBAS QUE SUSTENTAN EL ACUERDO CONCILIATORIO**

“El presente acuerdo de conciliación se fundamenta en todos y cada uno de los medios de prueba obrantes en el proceso, es decir: los documentos aportados por las partes con la demanda inicial y con su versión sustituida, en la contestación de la demanda, con la demanda de reconvención inicial y con su versión sustitutiva, en su contestación y en los respectivos memoriales de réplica, mismo que en aquellos que se incorporar al presente escrito.”

El objeto del Acuerdo Conciliatorio convenido entre las Partes comprendió, en primer lugar, en los términos del inciso 3 del artículo 314 del Código General del Proceso, la resolución de manera definitiva de las diferencias de las que dieron cuenta, entre otras, las anteriores Pretensiones contenidas en la Demanda de Reconvención, -todas ellas de contenido patrimonial y, por consiguiente, de carácter transigible,- de conformidad con la cual, la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI, desistió de ellas, sin que ello generara condena en costas. Igualmente, las Partes desistieron de las excepciones de mérito mutuamente formuladas en sus respectivos escritos de contestación tanto a la demanda inicial, versión sustitutiva y reformada, como a la de reconvención, frente a las pretensiones que fueron materia del Acuerdo Conciliatorio. Dichas excepciones de mérito se entendieron desistidas en lo que respecta exclusivamente a las pretensiones conciliadas.

Teniendo en cuenta lo anterior, mediante Auto del 24 de noviembre de 2015, el Tribunal Arbitral encontró que esa conciliación, cumplió los requisitos del Contrato de Transacción que constituyó el negocio jurídico subyacente. En efecto, dijo, si se entiende que lo que tipifica a la transacción es terminar un litigio pendiente o precaver un litigio eventual (art. 2469 del C. C.), el primer aspecto se encuentra cumplido al resultar evidente que como consecuencia de esa conciliación se solucionaron algunas de las controversias sometidas a la decisión de ese Tribunal y, por ende, se desistió de algunas de las pretensiones de la reforma de la demanda inicial sustituida y de la demanda de reconvención. De igual manera, señaló el Tribunal, si se considera que lo que caracteriza a la transacción es la existencia de concesiones recíprocas, es claro y evidente, a partir del análisis del texto conciliatorio que fue objeto de examen, que las Partes efectuaron concesiones recíprocas de variada naturaleza, las cuales, por lo demás, versaron sobre derechos patrimoniales susceptibles de ser renunciados.

El citado Acuerdo Conciliatorio no fue un acuerdo conciliatorio total. Ese acuerdo únicamente solucionó o puso fin a algunas de las controversias planteadas ante ese Tribunal, dejando sin efecto, entre otras, las pretensiones que atrás se relacionaron de la demanda de reconvención, que fueron desistidas por la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI y excluidas del proceso arbitral. Las demás controversias y pretensiones que aparecían consignadas en la antedicha demanda, así como en la respectiva contestación y réplica, no cobijadas por el citado Acuerdo Conciliatorio, continuaron vigentes, y por ende las mismas debieron ser resueltas, como así se hizo, en el Laudo que puso fin al proceso arbitral.

Con fundamento en todo lo anteriormente expuesto, el Tribunal encontró que el Acuerdo Conciliatorio al que llegaron las Partes satisfizo los requisitos de ley y estaba llamado a producir los efectos sustanciales y adjetivos que le asignaba el ordenamiento jurídico, no fue lesivo para el patrimonio público, no violó norma alguna del ordenamiento jurídico y se fundó en el acervo probatorio decretado y practicado en ese proceso arbitral en forma regular.

En tal virtud, el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir en derecho las controversias surgidas entre las Sociedades **CANO JIMÉNEZ ESTUDIOS S.A., CASTRO TCHERASSI S.A., CIVILIA S.A., OFINSA INVERSIONES S.A.S, EQUIPO UNIVERSAL S.A., G4S**

**SECURE SOLUTIONS COLOMBIA S.A -G4S- y MINCIVIL S.A.,** todas ellas integrantes de la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL NORTE DE BOGOTÁ -DEVINORTE-**, por una parte y, por la otra, la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI-**, por razón del Contrato de Concesión No. 0664 del 24 de noviembre de 1994, teniendo en cuenta el Acuerdo Conciliatorio parcial al que arribaron las Partes y oído el concepto emitido por el señor Agente del Ministerio Público, previa verificación del cumplimiento de los requisitos de ley para el efecto, así como sobre el desistimiento de algunas pretensiones tanto de la reforma de la demanda arbitral como de la demanda de reconvención recíprocamente coadyuvadas por las Partes Convocante y Convocada resultante del citado Acuerdo, resolvió:

(...)

“**TERCERO:** Aprobar el Acuerdo Conciliatorio que han presentado las partes en forma conjunta, debidamente suscrito por los representantes debidamente facultados de las Sociedades **CANO JIMÉNEZ ESTUDIOS S.A., CASTRO TCHERASSI S.A., CIVILIA S.A., OFINSA INVERSIONES S.A.S, EQUIPO UNIVERSAL S.A., G4S SECURE SOLUTIONS COLOMBIA S.A -G4S- y MINCIVIL S.A.,** todas ellas integrantes de la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL NORTE DE BOGOTÁ -DEVINORTE-**, como parte convocante y reconvenida, coadyuvado por la citada **UNIÓN TEMPORAL**, y de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI-**, como parte convocada y convocante en reconvención.

“**CUARTO:** Como consecuencia de lo anterior, declarar que la conciliación así aprobada produce efectos de cosa juzgada en última instancia en los términos contenidos en el documento suscrito por las partes el 30 de octubre de 2015.

“**QUINTO:** Aprobar los desistimientos y renunciaciones hechos tanto por la Parte Convocante y reconvenida como por la Parte Convocada y Convocante en Reconvención consignadas en el Acuerdo Conciliatorio, solicitudes que fueron coadyuvadas íntegra y recíprocamente por los apoderados de las partes.

“**SEXTO:** Ordenar que por Secretaría se le haga entrega a cada una de las partes de copia auténtica del Acta de esta Audiencia con la constancia de que se trata de la Primera Copia con mérito ejecutivo, de conformidad con el parágrafo 1º del artículo 1º de la Ley 640 de 2001.”

Mediante Laudo proferido el 6 de octubre de 2016, el Tribunal Arbitral resolvió el resto de las controversias sometidas a su consideración y que no habían sido conciliadas.

Ahora, como le correspondió al Tribunal definir los parámetros para la actualización del Modelo Financiero que a su vez permitiera mediante su utilización restablecer el equilibrio económico del Contrato ampliando el plazo de la Etapa de Operación -según lo previsto en la Cláusula Trigésima Sexta del Contrato de Concesión- y con él la determinación del plazo final de la Concesión, en las siguientes conclusiones se observa cómo se incluyó el cronograma de inversión ejecutada con las obras adicionales no contempladas en el Modelo de 2005 y las fechas de real proceder de todas las obras identificadas por el Perito Ingeniero, lo cual provocó un cambio en algunas variables que según la metodología de formulación del Modelo estaban calculadas en función del *CAPEX*, entre ellas el Mantenimiento Periódico y Rutinario, que cambiaron como resultado de la modificación en las fechas de finalización de las obras totales y por tramos, aclarando que la formulación del Modelo de 2005 se conservó. Así entonces, como resultado de actualizar el Modelo de 2005 mediante la incorporación del *CAPEX* del “*Cuadro de Inversión Ejecutada según el Contrato y sus Modificaciones*” se generó un cambio en el flujo de caja del Proyecto.

## “7. CONCLUSIONES - ACTUALIZACIÓN DEL MODELO FINANCIERO

“Como resultado de las consideraciones jurídicas que anteceden, le corresponde al Tribunal definir los parámetros para la actualización del Modelo Financiero que a su vez permita mediante su utilización restablecer el equilibrio económico del Contrato mediante la ampliación del plazo de la Etapa de Operación según lo previsto en la Cláusula Trigésima Sexta del Contrato de Concesión y con él la determinación del plazo final de la Concesión. Para ese efecto, la herramienta a utilizar será sin duda el modelo financiero, interpretado en los términos en que ha quedado expuesto en esta providencia. Así, se incluirán en él aquellos conceptos cuyo análisis arrojó como conclusión que debían ser incorporados, y se dejarán por fuera del mismo aquellos que se consideró no debían formar parte. Efectuada esa operación, el modelo debe arrojar la fecha en que el Concesionario obtenga la Tasa Interna de Retorno pactada y será ésta la que determine el plazo de la Etapa de Operación y, consecuentemente, el plazo final de la Concesión, a partir del día siguiente al 30 de noviembre de 2016.

“Para mayor claridad, a continuación, se enuncian los conceptos que se incluirán en el modelo financiero:

- Los ingresos por publicidad en los peajes
- **El capex**

“Es importante precisar que, para efectos de adoptar las anteriores conclusiones, el Tribunal solicitó al experto financiero entregar el modelo con la posibilidad de incluir y excluir de él las diferentes variables que, como resultado de los análisis jurídicos expuestos en precedencia, se consideraba que debían hacer parte del mismo. De esta forma, para los árbitros basta aplicar la metodología explicada en detalle por el perito, a efectos de cumplir con tal propósito.

“Teniendo en cuenta que según el experto financiero *‘el efecto combinado de la modificación de dos o más variables es diferente de la suma de los efectos individuales’*<sup>248</sup>, la modificación al modelo financiero que habrá de hacer el Tribunal, incluyendo los conceptos antes enunciados, no podrá efectuarse mediante la simple adición de los efectos individuales señalados por el perito en la tabla número 1 visible a folio 100 del documento de fecha 19 de julio de 2016, sino que deberá realizarse sobre la base del último de los modelos actualizado por las partes y siguiendo el procedimiento indicado por el perito financiero -Valfinanzas-, esto es, activándose los conceptos que ingresarán a él y desactivándose los que no.

“Para mayor claridad, a continuación, se cita el procedimiento previsto por el experto para establecer el efecto de cada una de las variables:

*‘Una vez identificadas las partidas a tener en cuenta, es necesario precisar la metodología a utilizar para desarrollar la actualización.’*

*‘Así, como se explica en la respuesta a la Pregunta No. 2 formulada por la Convocante, la metodología general de cálculo utilizada en los tres modelos financieros indicados en el enunciado es la misma, toda vez que proyecta los flujos de caja libres del Proyecto (FCLP) antes de impuestos desde la fecha de inicio de la Concesión hasta la fecha en la cual se obtiene una TIR objetivo equivalente al 10,93% real anual antes de impuestos.’*

*/.../*

***‘Así, teniendo en cuenta el ‘Cuadro de Inversión Ejecutada según el Contrato y sus Modificatorios’ identificado en la Tabla No. 19, se procedió modificar las hojas ‘Inputs’ y ‘Const’ del Modelo de 2005 así:***

- *‘Se incluye una celda denominada ‘Switch Capex (P3D) (P10ANI) (P11ANI)’ en la celda B8 de la hoja ‘Inputs’, de manera que cuando contiene (1) se activa la actualización solicitada al Perito Financiero en el enunciado y cuando es cero (0) el Modelo de 2005 queda inalterado.*
- ***‘Se incluye la hoja ‘P3D P10A CAPEX INPUTS’ que contiene el resumen de los componentes de inversión del Modelo de 2005 y del ‘Cuadro de Inversión***

---

<sup>248</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Folio 101 del dictamen de 19 de julio de 2016.

***Ejecutada según el Contrato y sus Modificatorios’ indicado en el Dictamen Técnico. Estos elementos son los mismos presentados en la Tabla No. 19.***

- ‘Cuando la actualización esta activa, los parámetros para los costos de construcción y fechas de ejecución contenidos en la hoja ‘Inputs’ se alimentan de los relacionados en las celdas J5 a N70 de la hoja ‘P3D P10A CAPEX INPUTS’ incluida.
- ***‘Se incluye la hoja ‘P3D y P10A CAPEX CRONOGRAMA’, que contiene el ‘Cuadro de Inversión Ejecutada según el Contrato y sus Modificatorios’ indicado en el Dictamen Técnico y resumido en la Tabla No. 19. Este cuadro presenta los valores invertidos por cada concepto de inversión en cada mes desde diciembre de 1994 hasta finalizar la última obra en julio de 2017.***
  - ‘Cuando la actualización está activa, los valores de las columnas BD (‘Total Construcción (\$Kte)’ y BL (‘Obras Solicitadas por la Comunidad (\$Kte)’ de la hoja ‘Const’ toman los relacionados en la hoja ‘P3D y P10A CAPEX CRONOGRAMA’ para cada concepto y para cada mes desde diciembre de 1996 hasta diciembre de 2025. Estas columnas son las que alimentan el cálculo del Flujo de Caja Libre del Proyecto antes de impuestos.
  - Los valores de las ‘Obras de Renivelación (\$Kte)’ son los mismos en el Modelo de 2005 y en el ‘Cuadro de Inversión Ejecutada según el Contrato y sus Modificatorios’, de manera que permanecen iguales cuando se activa la actualización.

***‘De manera consecuente, la inclusión de este cronograma de inversión ejecutada con las obras adicionales no contempladas en el Modelo de 2005 y las fechas de real proceder de todas las obras identificado por el Perito Ingeniero provoca un cambio en las siguientes variables que según la metodología de formulación del modelo están calculadas en función del CAPEX:***

- ‘Póliza de Estabilidad de Obra, se cuantifica como el 20% de algunos rubros del CAPEX249/;
- ‘Pólizas de cumplimiento y salarios, corresponden al 10% y 5% respectivamente, del pareto del CAPEX y su efecto se simula desde el mes de inicio de cada obra;
- ‘Costos Adic. De Paso a Nivel, se genera durante el periodo comprendido entre la finalización de la obra ‘Paso a Nivel Zue’ y la finalización de la obra ‘Puente Línea Férrea’. Se afecta por el desplazamiento en el tiempo de las obras.
- ***‘Mantenimiento Periódico y Rutinario: Cambian como resultado del cambio en las fechas de finalización de las obras totales y por tramos. La formulación del Modelo de 2005 se conserva. Sin embargo es preciso mencionar que en la celda que estima la proporción de mantenimiento periódico para la ‘Aplicación Vte-Cajicá’ se incluyó el valor del ‘BOX Peatonal El Redil’, obra que según el Dictamen Técnico no estaba contemplada en el Modelo de 2005 y corresponde a dicho tramo.***
- ‘Control de Calidad, Interventoría, Administración, Fiduciarios e Industria y Comercio: i) los dos primeros conceptos se afectan por las fechas de inicio y finalización de las obras. ii) Todos los conceptos antes señalados se extienden como resultado de la modificación en la fecha de finalización del Proyecto.

***‘Así, como resultado de actualizar el Modelo de 2005 mediante la incorporación del CAPEX del ‘Cuadro de Inversión Ejecutada según el Contrato y sus Modificatorios’ identificado en la Tabla No. 19, se genera un cambio en el flujo de caja del Proyecto antes de impuestos. Lo anterior de forma tal que para mantener una TIR del 10,93% real anual<sup>250/</sup> antes de impuestos la fecha de finalización del Proyecto cambia de noviembre de***

---

<sup>249</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Costo total Tramo I, Costo total Otras Obras Pendientes Tramo I, Costo total Obras Solicitadas por la Comunidad, Costo total Obras Ambientales y Costo total Tramo II.

<sup>250</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Según lo indicado en la Oferta, Capítulo 6.2.6 Resultados Financieros Proyectados del Volumen 2, la TIR nominal anual con una inflación del 21% equivale a 34,23% efectiva anual (folio 165 del Cuaderno

2016 a algún día entre junio 30 de 2018, mes al cual se alcanza una TIR de 10,91% real anual antes de impuestos, y julio 31 de 2018, momento en el cual resulta una TIR de 10,94% real anual antes de impuestos'  
251.

/.../

(...)<sup>252</sup>

“Teniendo en cuenta lo anterior, para efectos de actualizar el modelo financiero, el Tribunal activará cada uno de los conceptos indicados al inicio de este capítulo mediante la consignación del valor 1 en el ‘switch’ correspondiente (celdas B4 a B11), de la hoja ‘inputs’, y desactivará los conceptos que no han de influir en el modelo consignado el valor 0, así:

Columna Fila	A	B
4	Switch Formulación Ingresos (P1 Peajes) (P11)	0
5	Switch Ingresos Tráfico Real (P2) (P11)	0
6	Switch Ingresos Excedentes (P3) (P11)	0
7	Switch Ingresos Publicidad (P1 Publi) (P11)	1
8	Switch CAPEX (P3D) (P10ANI) (P11 ANI)	1
9	Switch Inflación (P11)	0
10	Switch Equipos de Limpieza	0
11	Switch Baterías de Baños	0

“Una vez activadas las celdas anteriores, corresponde realizar un paso más para conocer la fecha en la cual se alcanza la tasa interna de retorno pactada. Consiste en modificar la celda D20 de la hoja Inputs, la cual hace referencia al término de duración en meses de la etapa de operación. Dicha modificación debe hacerse hasta que la celda C20 que contiene la fecha de terminación de la etapa de operación, coincida con el mes en el cual se alcanzará la tasa interna de retorno del 10,93% en la columna G, denominada ‘TIR REAL’, de la hoja ‘TIR’.

“Así, tal ejercicio arroja que la etapa de operación debe extenderse por 223 meses, esto es, hasta el 30 de noviembre de 2017 fecha que coincide con el valor consignado en la columna G de la hoja TIR denominada ‘TIR REAL’.

“De esta forma, el modelo financiero en la parte pertinente, arroja el siguiente resultado:

Columna Fila	A	B	C	D
16	<b>CRONOGRAMA</b>			
17		<b>Desde</b>	<b>Hasta</b>	<b>Meses</b>
18	Etapla de Diseño	01-dic-94	30-sep-95	10
19	Etapla de Construcción	01-oct-95	30-abr-99	43
20	Etapla de Operación	01-may-99	30-nov-17	223
21	<b>Total</b>			<b>276</b>

“Este procedimiento arroja como resultado que la TIR del 10,93% se obtiene en alguna fecha comprendida entre el 31 de octubre de 2017, mes en el cual se alcanza una TIR real anual antes de impuestos de 10,91%, y el 30 de noviembre de ese año, fecha en la cual se alcanza una TIR de 10,94%.

de Pruebas 2 del Expediente). Así mismo, la TIR del 10,93% real anual es la mencionada en el documento “Actualización del Modelo Financiero” de 2005, página 17 (folio 219 del Cuaderno de Pruebas 7 del Expediente), en el documento explicativo de la actualización del modelo en el año 2001 en su página 15 (folio 266 del cuaderno de pruebas 6 del Expediente) y la que se observa en la hoja “TIR” de ambos modelos.

<sup>251</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Folios 80 y 71 de los dictámenes “CONSOLIDADO: DICTAMEN FINANCIERO Y ALCANCE AL DICTAMEN FINANCIERO” y “DOCUMENTO DE RESPUESTA AL AUTO DEL 13 DE JUNIO DE 2016” ambos elaborados por Valfinanzas.

<sup>252</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Folio 160 del Documento denominado “CONSOLIDADO: DICTAMEN FINANCIERO Y ALCANCE AL DICTAMEN FINANCIERO” elaborado por Valfinanzas.

Es importante resaltar que el modelo, tal y como está formulado, no permite establecer la fecha exacta en la cual se alcanza la TIR, pues sus resultados son mensuales y no diarios.

“En los anteriores términos, para el Tribunal, la Etapa de Operación deberá extenderse hasta el 30 de noviembre de 2017 y así se consignará en la parte resolutive del Laudo.

“Se anexa a este Laudo un archivo contenido en un CD que corresponde a la actualización del modelo financiero conforme al análisis y decisión de este Tribunal.” (Subrayado y resaltado fuera del texto)

Como se puede observar del iter procesal con motivo del Tribunal de Arbitramento convocado anteriormente, en virtud del Acuerdo celebrado entre las Partes el 30 de octubre de 2015, en lo que se relaciona con las pretensiones 4.1.13 de la demanda de reconvención presentada por la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, todas ellas relativas al Programa de Mantenimiento, se tiene que:

En primer lugar, la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, desistió de la pretensión declarativa PRIMERA contenida en el numeral 4.1.13.1 de su demanda de reconvención consistente en que se declarara “que el Pliego de Condiciones del Contrato de Concesión 664 de 1994 estableció la obligación de realizar un programa de mantenimiento en el que se especificara semestralmente las tareas de mantenimiento rutinario y preventivo.”

En segundo lugar, la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, **desistió de la pretensión declarativa SEGUNDA contenida en el numeral 4.1.13.1** de su demanda de reconvención consistente en que se declarara “**que en el modelo financiero se establecieron mantenimientos periódicos, uno entre los años 2004 a 2005 y otro entre el año 2009 y 2010.**” (Lo subrayado y resaltado está fuera del texto)

En tercer lugar, consecuentemente, la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, **desistió de la pretensión declarativa TERCERA contenida en el numeral 4.1.13.1** de su demanda de reconvención consistente en “que no efectuó el gasto o inversión correspondiente al mantenimiento periódico de los años 2004 – 2005, contrariando el Contrato, y obteniendo un beneficio determinado por el costo de oportunidad que representaba el hecho de no haber realizado la inversión y gasto requeridos para el mantenimiento en el momento contractualmente exigible.”

En cuarto y último lugar, como consecuencia de los anteriores desistimientos de las pretensiones declarativas acabadas de citar, también la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, desistió de la pretensión condenatoria PRIMERA contenida en el numeral 4.1.13.2 de su demanda de reconvención consistente en que “se ORDENE al Concesionario Devinorte pagar a la Agencia Nacional de Infraestructura ANI la suma de QUINCE MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS M/C (\$15.485.500,000) de 2011 o lo que resulte probado, debidamente indexado o actualizado hasta la fecha de pago, bajo los términos y condiciones previstas en el Contrato y la Ley.”

Obsérvese, entonces, que la ANI **desistió de la pretensión declarativa SEGUNDA** contenida en el numeral 4.1.13.1 de su demanda de reconvención consistente en que se declarara “**que en el modelo financiero se establecieron mantenimientos periódicos, uno entre los años 2004 a 2005 y otro entre el año 2009 y 2010**”, así como también **desistió de la pretensión consecuencial declarativa TERCERA** contenida en el numeral 4.1.13.1 de la demanda de reconvención consistente en que se declarara por el Tribunal que el Concesionario no efectuó el gasto o inversión correspondiente al mantenimiento periódico de los años 2004 – 2005, contrariando el Contrato, y obteniendo un beneficio determinado por el costo de oportunidad que representaba el hecho de no haber realizado la inversión y gasto requeridos para el mantenimiento en el momento contractualmente exigible.”

Así, entonces, el tema de los mantenimientos periódicos, “**uno entre los años 2004 a 2005 y otro entre el año 2009 y 2010**” fue planteado por la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI en su

demanda de reconvencción presentada ante el Tribunal Arbitral anterior y fue explicado suficientemente en los hechos y en los fundamentos que sirvieron de causa a las citadas pretensiones, las cuales fueron desistidas en virtud del Acuerdo Conciliatorio celebrado por esa entidad con los integrantes de la Unión Temporal para el Desarrollo del Norte de Bogotá DEVINORTE el 30 de octubre de 2015 y que, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público, fue posteriormente aprobado por ese Tribunal Arbitral, mediante decisión judicial proferida el 24 de noviembre de 2015, con la cual se declaró que la conciliación así aprobada produce efectos de cosa juzgada en última instancia en los términos contenidos en el documento suscrito por las partes el 30 de octubre de 2015 y se aprobaron los desistimientos y renunciaciones hechos tanto por la Parte Convocante y reconvenida como por la Parte Convocada y Convocante en Reconvencción consignadas en el citado Acuerdo Conciliatorio, solicitudes que fueron coadyuvadas íntegra y recíprocamente por los apoderados de las partes.

Infiere el Tribunal que la ANI sólo desistió de la pretensión consecucional declarativa TERCERA contenida en el numeral 4.1.13.1 de la demanda de reconvencción consistente en que se declarara por el Tribunal que el Concesionario “no efectuó el gasto o inversión correspondiente al mantenimiento periódico de los años 2004 – 2005”, porque no obstante haber solicitado que se declarara “**que en el modelo financiero se establecieron mantenimientos periódicos, uno entre los años 2004 a 2005 y otro entre el año 2009 y 2010**”, la ANI no incluyó en la demanda de reconvencción presentada en 2014 al Tribunal Arbitral, otra pretensión con la cual hubiera solicitado de ese Tribunal que declarara igualmente que el Concesionario no efectuó el gasto o inversión correspondiente al mantenimiento periódico entre el año 2009 y 2010. Luego, la ANI no podía desistir de una pretensión que sencillamente no había formulado.

Este Tribunal reitera que dicho Acuerdo Conciliatorio así concebido, fue aprobado por el Tribunal Arbitral que fue convocado anteriormente, mediante providencia judicial proferida el 24 de noviembre de 2015, puesto que encontró que él satisfizo los requisitos de ley y estaba llamado a producir los efectos sustanciales y adjetivos que le asignaba el ordenamiento jurídico, no fue lesivo para el patrimonio público, no violó norma alguna del ordenamiento jurídico y se fundó en el acervo probatorio decretado y practicado en ese proceso arbitral en forma regular y, como consecuencia de lo anterior, declaró que la conciliación así aprobada, producía efectos de cosa juzgada en última instancia en los términos contenidos en el documento suscrito por las partes el 30 de octubre de 2015, al tiempo que aprobó los desistimientos y renunciaciones hechos tanto por la Parte Convocante y reconvenida como por la Parte Convocada y Convocante en Reconvencción consignadas en el citado Acuerdo Conciliatorio, solicitudes que fueron coadyuvadas íntegra y recíprocamente por los apoderados de las Partes.

Con base en el examen del expediente en el que consta el proceso arbitral anterior, traído como prueba trasladada a este proceso arbitral, este Tribunal concluye que el Mantenimiento Periódico en general y el tema relacionado con el gasto o inversión correspondiente al mantenimiento periódico en particular desde el inicio de la Etapa de Operación hasta la terminación del Contrato de Concesión No. 0664 de 1994 -que ocurrió el 30 de noviembre de 2017-, fue objeto o materia de análisis del proceso arbitral anterior en el que se celebró entre las Partes el Acuerdo Conciliatorio del 30 de octubre de 2015 -que fue aprobado por el Tribunal mediante decisión judicial calendarada el 24 de noviembre de 2015- y que culminó con el Laudo Arbitral proferido el 6 de octubre de 2016, porque de acuerdo con la ejecución de dicho Contrato de Concesión, tal y como se demostró en los peritajes técnico, financiero y contable que fueron allí decretados y también trasladados como prueba a este proceso arbitral, sí se ejecutó tanto mantenimiento rutinario como mantenimiento periódico en los términos de los pliegos de la Licitación, de la oferta presentada, del Contrato de Concesión celebrado, del Reglamento para la Operación de las Carreteras Concesionadas, de las Normas de Mantenimiento de Carreteras Concesionadas y del Índice de Estado exigido, tanto que se incluyó y se ven reflejados en el CAPEX de los Modelos Financieros concebidos o contruidos de común acuerdo entre las Partes a partir de 2004 y obviamente en el Modelo Financiero que obra como parte del Laudo Arbitral proferido por el Tribunal anterior el 6 de octubre de 2016 y que fue



suficientemente explicado por éste, en el cual, como atrás se vio, está incluido en el CAPEX el gasto o inversión correspondiente al mantenimiento periódico desde el inicio de la Etapa de Operación hasta la terminación del Contrato de Concesión No. 0664 de 1994, sin que en tales Modelos Financieros se hubiere previsto de manera adicional una estimación específica para colocar sobrecarpetas en la capa de rodadura de las vías objeto de la concesión.

Así por ejemplo, si se hubiera previsto en el Modelo Financiero del Laudo proferido por el Tribunal Arbitral el 6 de octubre de 2016, por separado y de manera adicional, provisiones financieras para atender la colocación de sobrecarpetas asfálticas, entre ellas la de los años 2009 – 2010, de la magnitud que señala la Parte Convocada y Convocante en Reconvención, esto es, **VEINTIDOS MIL DOSCIENTOS CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y DOS MIL SETECIENTOS SESENTA Y UN PESOS MCTE (\$22.204.462.761)**, pesos de agosto de 2017, tales provisiones necesariamente se reflejarían en los gastos e inversiones del CAPEX con un impacto significativo en el Modelo Financiero de tal manera que el citado Tribunal las habría tenido en cuenta y con seguridad, se habría cambiado la fecha que, sin las citadas provisiones, se calculó para el 30 de noviembre de 2017 para alcanzar la rentabilidad pactada o TIR del 10.93% y, por lo tanto, se hubiera extendido, consecuentemente, el plazo de la Etapa de Operación y en general el plazo final de ejecución del citado Contrato de Concesión.

Lo que sucede es que técnicamente no se puede confundir la obligación de Mantenimiento Periódico que debió ejecutarse como se hizo, durante toda la Etapa de Operación y hasta la terminación del Contrato que ocurrió el 30 de noviembre de 2017, con la posibilidad de colocar, de ser necesaria, conforme al Programa de Mantenimiento de la Vía propuesto por el Concesionario, sendas carpetas de rodadura que fueron contempladas en la oferta presentada por el Concesionario para los años 2004 a 2005 y para los años 2009 a 2010 que, aunque guardan relación con la obligación y el citado Programa de Mantenimiento Periódico, no son igual a ésta y éste y solo debían ejecutarse de ser necesario para cumplir con la obligación principal contenida en el Contrato y en el Reglamento para la Operación de las Carreteras Concesionadas, numeral “9. Condiciones para el pavimento”, en la cual se previó que el Concesionario debía realizar los trabajos de conservación, reparación y reconstrucción, necesarios para cumplir con las Normas de Mantenimiento de Carreteras Concesionadas y un Índice de Estado de cuatro (4), sin perjuicio de cumplir con las “Normas de Mantenimiento para Carreteras Concesionadas”, contenidas en el Anexo 2 del Contrato de Concesión en el cual se establecieron las relacionadas con la “Reparación de pavimento” (Numeral 5) y el “Sellado de Grietas en Pavimentos”.

Si se admitiera que el Concesionario no realizó el gasto o inversión correspondiente a la colocación de la sobrecarpeta de rodadura en los años 2004 a 2005 y que a ello sólo se referían las pretensiones desistidas de la ANI, debería concluirse también que en dicho Acuerdo Conciliatorio nada se acordó expresamente y por lo tanto, nada se aprobó por el Tribunal que haya hecho tránsito a cosa juzgada, respecto del gasto o inversión en mantenimiento periódico y lo correspondiente a la posible colocación de la sobrecarpeta de rodadura en los años 2009 – 2010. Así entendido, bien podría afirmarse, como lo señala la ANI, que ni el acuerdo conciliatorio, ni el auto aprobatorio, ni el Laudo que se produjo en dicho proceso extinguieron ni anularon la obligación de mantenimiento y tampoco anularon ni el pliego de condiciones de la licitación pública No. 005 de 1994 como tampoco la oferta presentada por el concesionario ni los efectos jurídicos vinculantes.

Empero, ello no corresponde a lo que en realidad ocurrió, porque como atrás quedó demostrado la ANI **desistió de la pretensión declarativa SEGUNDA** contenida en el numeral 4.1.13.1 de su demanda de reconvención consistente en que se declarara **“que en el modelo financiero se establecieron mantenimientos periódicos, uno entre los años 2004 a 2005 y otro entre el año 2009 y 2010”**, así como también **desistió de la pretensión consecuencial declarativa TERCERA** contenida en el numeral 4.1.13.1 de la demanda de reconvención consistente en que se declarara por el Tribunal que el Concesionario no efectuó el gasto o inversión correspondiente al mantenimiento periódico de los años 2004 – 2005, contrariando el Contrato, y obteniendo un

beneficio determinado por el costo de oportunidad que representaba el hecho de no haber realizado la inversión y gasto requeridos para el mantenimiento en el momento contractualmente exigible.”

Por ello, se itera, que el tema de los mantenimientos periódicos, “**uno entre los años 2004 a 2005 y otro entre el año 2009 y 2010**” fue planteado por la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI en su demanda de reconvencción presentada ante el Tribunal Arbitral anterior y fue explicado suficientemente en los hechos y en los fundamentos que sirvieron de causa a las citadas pretensiones, las cuales fueron desistidas en virtud del Acuerdo Conciliatorio celebrado por esa entidad con los integrantes de la Unión Temporal para el Desarrollo del Norte de Bogotá DEVINORTE el 30 de octubre de 2015.

Este Tribunal observa que el desistimiento de tales pretensiones, conforme a lo exigido tanto por el señor Agente del Ministerio Público como por el Tribunal Arbitral, tuvo las siguientes justificaciones técnicas y jurídicas expresadas por las Partes -entre ellas la propia ANI- predicables de todo el Programa de Mantenimiento Periódico que incluía la posibilidad de colocar sobrecarpetas en los años 2004 a 2005 y 2009 a 2010:

Que desde el punto de vista técnico, en el decurso del proceso de negociación del citado Acuerdo Conciliatorio, las Partes, esto es la Agencia Nacional de Infraestructura ANI y la Unión Temporal para el Desarrollo Vial del Norte de Bogotá y sus integrantes-, llegaron a la conclusión y así lo consignaron expresamente que el programa de mantenimiento periódico – el cual contempló la colocación de sobrecarpetas en los años ya mencionados- tenía como único y exclusivo propósito el de mantener la vía de manera que, por sus condiciones constructivas y de estado, lograra exhibir el Índice de Estado exigido por el Contrato.

Que en el Contrato de Concesión No. 0664 de 1994, las Partes acordaron que, durante la ejecución de la etapa de Operación, el funcionamiento del proyecto se debía ajustar a lo establecido en el **Reglamento de la Operación de la Carretera**, anexo al Contrato de Concesión. Por lo tanto, la Unión Temporal Concesionaria se obligó a mantener el proyecto con un nivel de servicio que alcanzara una calificación mínima de 4.0 puntos, conforme a las “**Normas de Mantenimiento para Carreteras Concesionadas**”, que formaban parte del Pliego de Condiciones. Las revisiones se efectuarían cada tres meses.

Que también las Partes, principalmente la Convocada, esto es, la Agencia Nacional de Infraestructura, constataron que durante todo el período de vigencia del Contrato en su Etapa de Operación, las vías habían exhibido un Índice de Estado superior a la calificación de 4.0 exigida por los pliegos y el Contrato.

Que desde el punto de vista jurídico, siendo entonces la obtención del Índice de Estado una obligación de resultado, se dijo, es claro que el medio para obtenerlo solo es exigible en la medida que su ejecución sea un requisito “sine qua non” para lograr el fin perseguido, por manera que obtenido éste, resulta inexigible por inconducente el medio estipulado para lograr el propósito final.

En esa oportunidad se tuvo como pruebas para arribar a dicho Acuerdo el Informe de ICITY relativo al Índice de Estado durante la vigencia del Contrato de Concesión 0664 de 1994, el cual comprobó que durante todo el tiempo de duración del Contrato de Concesión, el Índice de Estado exigido a los Partícipes de la Unión Temporal había sido cumplido.<sup>253</sup>

Esas fueron las consideraciones expuestas para que la Agencia Nacional de Infraestructura ANI desistiera de las pretensiones y no exigiera el recapeo o para que ya no se ordenara al Concesionario Devinorte pagar a dicha Agencia la suma de QUINCE MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS M/C (\$15.485.500,000) de 2011 o lo que resultare probado, debidamente indexado o actualizado hasta la fecha de pago, bajo los términos y

---

<sup>253</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Ver Anexo No. 1

condiciones previstas en el Contrato y la Ley.

Por todo lo anterior fue que, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público, el citado Acuerdo fue posteriormente aprobado por ese Tribunal Arbitral, mediante decisión judicial proferida el 24 de noviembre de 2015, con la cual se declaró que la conciliación así aprobada produce efectos de cosa juzgada en última instancia en los términos contenidos en el documento suscrito por las partes el 30 de octubre de 2015 y se aprobaron los desistimientos y renunciaciones hechos tanto por la Parte Convocante y reconvencida como por la Parte Convocada y Convocante en Reconvencción consignadas en el citado Acuerdo Conciliatorio, solicitudes que fueron coadyuvadas íntegra y recíprocamente por los apoderados de las partes.

Luego, contrario a lo afirmado por el señor apoderado de la ANI -en el sentido de que el cumplimiento de las obligaciones de mantenimiento periódico y, en especial, la colocación de la carpeta asfáltica de refuerzo de espesor 5.0 cms., que se ofreció en la propuesta, no quedó supeditado al Índice de Estado de la Vía, lo que significa, dijo, que el Índice de Estado no resultaría relevante para la presente controversia porque así se haya obtenido un resultado del índice de estado superior a 4.0, ello no exime al Concesionario de realizar la instalación de la sobrecarpeta a lo largo de toda la Concesión o lo que dictamine el resultado de la viga Benkelman, de acuerdo a la propuesta presentada por el concesionario-, destaca el Tribunal que fueron las mismas Partes las que interpretaron que la obligación del Mantenimiento Periódico y con ella, la ejecución del Programa de Mantenimiento, se acordó como una obligación de medio dirigida a obtener y lograr el resultado consistente en mantener las vías concesionadas de manera que durante toda la duración del Contrato exhibieran un Índice de Estado fijado en 4.0.

Ello significa ahora, conforme a los actos propios de las Partes, que de mantenerse el Índice de Estado, habrá de entenderse -como ya lo han previsto ellas mismas-, que la obligación de mantenimiento es de medio, por lo que en tratándose del segundo recapeo, será claro, también, que el instrumento para obtenerlo, solo es exigible en la medida que su ejecución sea un requisito “sine qua non” para lograr el fin perseguido -esto es, el Índice de Estado exigido-, de manera que obtenido éste, igualmente resulta inexigible, por inconducente, el medio estipulado para lograr el propósito final.

En aquella oportunidad se tuvo como pruebas para arribar a dicho Acuerdo, el **Informe de ICITY** contenido en el oficio radicado ANI 2015-409-066240-2 del 14 de octubre de 2015, relativo al Índice de Estado durante la vigencia del Contrato de Concesión 0664 de 1994, el cual comprobó que durante todo el tiempo de duración del Contrato de Concesión hasta el 30 de octubre de 2015, el Índice de Estado exigido a los Partícipes de la Unión Temporal había sido cumplido. En efecto, dijo:

“La Interventoría, por medio de la comunicación ICITY-0400-14 del 1 de diciembre de 2014 con radicado en la ANI No. 2014-409-060338-2, se pronuncia sobre el estudio técnico del concesionario acerca del buen estado de la estructura y concluye que no procede dicho mantenimiento en ninguno de los sectores. Además, resalta que cuando se actualice el modelo financiero se debe definir la fecha de las inversiones estimadas para el mantenimiento periódico, relacionado con las capas de refuerzo asfáltico. De igual manera, en la comunicación ICITY-0143-15 radicado 2015-409-031746-2 dirigida a la ANI, en el literal b. mantenimiento periódico, la interventoría conceptúa que técnicamente el Concesionario está cumpliendo, pero al existir el rubro que afecta el modelo financiero y que no se ejecuta, debe aclararse contractualmente e indicar su incidencia en el modelo financiero.

“A la fecha, la interventoría ratifica que conforme a las mediciones del índice de estado, que es el parámetro de medición contractual, el Concesionario cumple; que el estudio de deflectometría efectuado en el año 2014 permite concluir que no se requiere reforzar el pavimento; y por último considera que el modelo financiero debe ser actualizado en fechas y costos, teniendo en cuenta las inversiones realizadas y su desplazamiento en el tiempo, conforme al Tribunal de Arbitramento.

“En el mismo sentido, consideramos pertinente atender a lo establecido en el concepto jurídico de la

ANI Memorando No. 2015-306-011894-3 del 15 de octubre de 2015, en el que se indicó por parte de la Gerencia de Defensa Judicial de la Entidad frente a la fórmula conciliatoria referida que:

‘Mediante comunicado ICITY-0400-14 del 01 de diciembre de 2014 con radicado ANI No 2014-409-060338-2, la interventoría se refiere al estudio técnico presentado por el concesionario donde conceptúan que técnicamente la estructura se encuentra en buen estado, por lo que no es necesario realizar dicho mantenimiento en ninguno de los sectores de la concesión.

‘A la fecha, la Interventoría ratifica que conforme las mediciones del índice de estado, que es el parámetro de medición contractual, el Concesionario está cumpliendo y de igual forma, que como resultado del estudio de deflectometría efectuado en el año 2014 se concluye que no se requieren refuerzos de pavimento.

‘Por lo anterior y teniendo en cuenta que los recursos correspondientes al programa de mantenimiento periódico no se han ejecutado de acuerdo al cronograma establecido, las sumas dineradas que connoten una partida de ingreso o egreso imputable al Modelo Financiero, serán registradas y contabilizadas como resulte acorde a la manera como el Laudo Arbitral que se profiera defina debe ser interpretado y actuado tal instrumento de las finanzas del Contrato. De igual forma, todos los efectos financieros que generen las modificaciones de los cronogramas de inversión se realizarán según lo defina el Laudo Arbitral’.

(...)

‘En este punto en particular, es preciso recordar que si bien es cierto el parámetro de medición contractual corresponde al índice de Estado, tal como se ha expuesto anteriormente, el Concesionario ha realizado la ejecución de los estudios de refuerzo **Viga Benkelman** en el año 2006 y en el año 2014 (DVNB- 1604-14 y DVNB-1993-14) estudios que le permitieron concluir ‘que con base en las deflexiones del pavimento no se requiere la colocación de la capa de refuerzo en el momento’, especificaciones que en su momento permitieron la verificación por parte de la Interventoría y que se consolidaron en los oficios ICITY-0172-15 Radicado ANI 2015-409-036424-2 del 19 de junio de 2015 y ANI 2015-409-066240-2 del 14 de octubre de 2015.

‘A manera de conclusión de estos antecedentes, se considera:

(...)

- Tal como se estableció en la propuesta presentada por el Concesionario para acceder al contrato de concesión No. 664 de 1994, ‘En los años 7 y 8, y 13 y 14 se tiene previsto colocar una carpeta asfáltica de refuerzo de 5.0 cms de espesor a todo lo largo de la vía’ teniéndose como punto de partida el inicio de la etapa de operación que tuvo efecto en mayo de 1999.

(...)

- El Concesionario DEVINORTE adelantó estudios de refuerzo Deflectometría - Viga Benkelman, en el año 2006, los cuales sirvieron de fuente para determinar el espesor de sobrecarpeta instalada en las vigenias 2007-2008 al interior del proyecto; al igual que en el año 2014, los cuales sirvieron de base para desestimar su instalación en dicha vigencia.

- Tal como se establece en los anexos 1 y 15 del Acuerdo Conciliatorio de 2015, la base para determinar que el Concesionario se encontraba cumpliendo su obligación a la fecha en materia de mantenimiento periódico - instalación de sobrecarpeta, correspondió al resultado del índice de estado y al análisis de la deflectometría (Viga Benkelman) elaborada por el Concesionario.

(...)

Ahora, sin perjuicio de las declaraciones testimoniales recibidas por el Tribunal, se tiene como prueba esencial el **Dictamen pericial en temas de Ingeniería** rendido por el Ingeniero **Jaime D.**

**Bateman Durán**, aportado el 10 de enero de 2018,<sup>254</sup> que no fue objeto de solicitudes de aclaración y/o complementación y que, adicionalmente, con ocasión de su contradicción por parte de la Agencia Nacional de Infraestructura no fue objeto de crítica, glosa u objeción alguna y mucho menos de contradicción mediante otro dictamen tendiente a desvirtuarlo. Dicho dictamen pericial señala que las vías que fueron concesionadas pertenecientes al “Sistema Vial para el Desarrollo del Norte de Bogotá” cumplen con el Índice de Estado del 4.0 exigido por el Manual de Operación que forma parte del Contrato de Concesión 0664 de 1994 y que, además, efectuadas las pruebas técnicas sobre ellas exhiben una estructura de pavimento (deflexión característica) de la que se deriva que éstas, desde la fecha de la reversión (30 de noviembre de 2017), experimentarían una vida residual igual o superior a los dos años exigidos por el Contrato y demás documentos que forman parte del mismo.

Igualmente, es prueba esencial para resolver esta controversia, el concepto de la Interventoría Consorcio ICITY, contenido en el oficio ICITY-032-18 de marzo de 2018, en el cual señaló que el Concesionario cumplía con creces el Índice de Estado cuya medición arrojó 4.57 y que, adicionalmente, todos los segmentos componentes de dicho Sistema Vial mostraban una *vida residual* superior al mínimo de dos (2) años exigido por el Contrato.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, el Tribunal accederá a la primera pretensión de la demanda arbitral y declarará que el Concesionario no tiene obligación de colocar una carpeta asfáltica de refuerzo de cinco centímetros (5.0 cm) de espesor a todo lo largo de la vía concesionada, como lo pretende la Entidad Concedente invocando un aparte del texto contenido en el numeral 9.2 -Programa para el Mantenimiento de la Vía-, del Volumen VI Tomo I de la oferta presentada por los partícipes de la prometida la Unión Temporal DEVINORTE en desarrollo de la Licitación Pública No. 005 de 1994.

## **2. Análisis de la Pretensión Declarativa IV.1.3.**

“**IV.1.3.-** Se declare que en tanto, a términos del Laudo Arbitral de fecha 6 de octubre de 2016, la terminación del plazo contractual está fijada para el día 30 de noviembre de 2017, la liquidación del Contrato debe actuarse siguiendo las disposiciones y plazos contenidos en la Cláusula Trigésima Quinta del Contrato de Concesión 0664 de 1994, sus Apéndices y anexos, la Ley y los reglamentos aplicables.”

### **2.1. Los fundamentos de la pretensión**

En la demanda arbitral la Parte Convocante no sustentó esta Pretensión.

### **2.2. La oposición formulada por la Parte Convocada**

En la contestación de la demanda arbitral la Parte Convocada se opuso a esta pretensión, pero no explicó su posición. En el alegato de conclusión no hizo referencia alguna a esta pretensión.

### **2.3. Consideraciones del Tribunal**

Terminado el Contrato de Concesión el 30 de noviembre de 2017, operada la reversión del corredor vial y resuelta la controversia sometida a consideración de este Tribunal, se deberá declarar que en tanto a términos del Laudo Arbitral de fecha 6 de octubre de 2016, la terminación del plazo contractual se fijó para el día 30 de noviembre de 2017, la liquidación del Contrato debe actuarse

---

<sup>254</sup> Folios 5 a 95, Cuaderno de Pruebas No. 1

siguiendo las disposiciones y plazos contenidos en la Cláusula Trigésima Quinta del Contrato de Concesión 0664 de 1994, sus Apéndices y anexos, la Ley y los reglamentos aplicables.

### **3. Análisis de la Pretensión de Condena IV.2.2.**

“**IV.2.2.-** Que como consecuencia del despacho favorable de la Pretensión declarativa IV.1.3 se disponga que Convocante y Convocada deberán iniciar y culminar el proceso de liquidación del Contrato de Concesión 0664 de 1994; observando para el efecto los términos y condiciones que regula su Cláusula Trigésima Quinta, sus Apéndices y anexos, la Ley y los reglamentos aplicables.”

#### **3.1. Los fundamentos de la pretensión**

En la demanda arbitral la Parte Convocante no sustentó esta Pretensión.

#### **3.2. La oposición formulada por la Parte Convocada**

En la contestación de la demanda arbitral la Parte Convocada se opuso a esta pretensión, pero no explicó su posición. En el alegato de conclusión no hizo referencia alguna a esta pretensión.

#### **3.3. Consideraciones del Tribunal**

Tal y como se señaló al revisar la Pretensión Declarativa IV.1.3, el Tribunal declarará que la Convocante y la Convocada deberán iniciar y/o proseguir hasta su culminación el proceso de liquidación del Contrato de Concesión 0664 de 1994, observando para el efecto los términos y condiciones que regula su Cláusula Trigésima Quinta, sus Apéndices y anexos, la Ley y los reglamentos aplicables.

### **4. La Pretensión de Condena IV.2.3.**

“**IV.2.3-** Como consecuencia del despacho favorable de las anteriores declaraciones se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura ANI al pago de las costas judiciales y las agencias en derecho que se causen con ocasión del trámite arbitral.”

A esta pretensión y a su similar formulada en la demanda de reconvención, el Tribunal se referirá más adelante en este Laudo.

## **E. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA DE ESTE PROCESO**

Procede el Tribunal ahora a analizar las pretensiones de la demanda de reconvención en los términos en los cuales fue reformada.

### **1. Análisis conjunto de las Pretensiones Declarativas Primera Principal, Tercera Principal y Cuarta Principal**

**“PRIMERA PRINCIPAL.** Se declare que la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO VIAL DEL NORTE DE BOGOTÁ – DEVINORTE** y todos sus integrantes, tienen la obligación de poner una carpeta asfáltica de refuerzo de 5.0 cms de espesor a todo lo largo de la vía concesionada, de acuerdo con lo establecido en el pliego de condiciones de la licitación pública No. 005 de 1994 y la propuesta presentada por el concesionario, que hacen parte del contrato de concesión 0664 de 1994.

(...)

**“TERCERA PRINCIPAL.** Se declare que la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO VIAL DEL NORTE DE BOGOTÁ - DEVINORTE** y todos sus integrantes, incumplieron el contrato de concesión No. 0664 de 1994, toda vez que culminó el plazo de ejecución del contrato y/o la etapa de la operación el mismo, y no cumplieron con la obligación de poner una carpeta asfáltica de refuerzo de espesor de 5 cms., a todo lo largo de la vía concesionada, conforme con lo establecido en el pliego de condiciones de la licitación pública No. 005 de 1994 y la propuesta presentada por el concesionario que hacen parte del contrato de concesión 0664 de 1994.

**“CUARTA PRINCIPAL.** Que como consecuencia de lo anterior, se ordene a la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO VIAL DEL NORTE DE BOGOTÁ - DEVINORTE** y todos sus integrantes, a poner una carpeta asfáltica de refuerzo de 5.0 cms de espesor a todo lo largo de la vía concesionada, de acuerdo con lo establecido en el pliego de condiciones de la licitación pública No. 005 de 1994 y la propuesta presentada por el concesionario, que hacen parte del contrato de concesión 0664 de 1994.

#### **1.1. Los hechos que sirven de causa a las citadas pretensiones y los fundamentos expuestos por la Parte Convocante en Reconvención**

La Parte Convocante en reconvención expuso los siguientes hechos que sirven de causa a las citadas pretensiones y además sus los fundamentos:

**“Primero.** El Instituto Nacional de Vías abrió licitación pública No. 005 de 1994 con el propósito de que el proponente que resultase favorecido con la adjudicación, desarrollara los estudios, diseños definitivos, las obras de rehabilitación, obras de construcción, la operación, mantenimiento y la administración del proyecto vial denominado ‘Desarrollo Vial para el Norte de Bogotá’, en el departamento de Cundinamarca. (Prueba 1. Pliego de condiciones, adendas y anexos).

**“Segundo.** En el marco del citado proceso licitatorio, las sociedades: Fiduciaria del Estado SA., Equipo Universal Ltda., Topco SA., Civilia SA., Cano Jiménez Estudios y Construcciones Ltda., Castro Tcherassi y Cía Ltda., Wackenhut de Colombia SA., Colserautos SA., Enfaseguros Ltda., Instituto Nacional de Fomento Industrial – IFI, y la Corporación Financiera del Tolima SA., presentaron propuesta bajo la promesa de Constituir, para efectos del contrato de concesión, una unión temporal. (Prueba 2. Propuesta presentada por el concesionario en el marco de la citada licitación).

**“Tercero.** El pliego de condiciones de la licitación No. 005 de 1994, exigió como documentos que debían aportar los proponentes con su oferta, una propuesta de operación del proyecto que incluía el mantenimiento de las obras, el cual dice textualmente:

##### **2.4. CONTENIDO DE LA PROPUESTA.**

##### **2.4.1. DOCUMENTOS DE LA PROPUESTA**

(...)

*'H. Propuesta para la operación del proyecto; que incluye el mantenimiento de las obras y la administración del proyecto, de acuerdo con las condiciones establecidas en el numeral 2.5.4.'*

“Por su parte, el citado numeral 2.4.5., del pliego de condiciones de la licitación No. 005 de 1994, establece:

**2.4.5. PROPUESTA PARA LA OPERACIÓN DEL PROYECTO**

*(...)*

*'La propuesta para la operación del proyecto debe contener los siguientes puntos:*

*'A. Características generales de la operación:*

*(...)*

*- Los métodos constructivos que se ofrecen para llevar a cabo el mantenimiento de la obra. Debe incluirse un listado de las actividades **a ser desarrolladas para el mantenimiento de la obra** ya sean rutinarias, preventivas o de construcción parcial, y los recursos que cada una de ellas demanda.*

*'B. Programa para el mantenimiento de la obra.*

*'En el que se especifique semestralmente las tareas de mantenimiento rutinario y preventivo que deben desarrollarse para conservar y operar la obra en un todo de acuerdo con las condiciones de este Pliego y con el Reglamento para la Operación de Carreteras Concesionadas que se anexa. El programa debe realizarse sobre las actividades de conservación descritas en el literal anterior.'*

“**Cuarto.** En cumplimiento de lo anterior, los participantes de la futura unión temporal antes descritos, presentaron propuesta que se conformó en VII volúmenes dentro del cual se ubica el volumen VI. Tomo I, que contiene entre otros, el programa de mantenimiento de la vía que ofreció realizar el proponente, que dice textualmente:

**9.2 PROGRAMA PARA EL MANTENIMIENTO DE LA VÍA**

*'Se han clasificado dos tipos de mantenimiento así:*

*- Rutinario*

*'Se refiere a las labores de rocería, limpieza de obras de drenaje, limpieza de descoles e incoles, limpieza de señales, y reposición de taches reflectivos, etc.*

*- Periódico*

*'Incluye trabajos de parcheo, colocación de sobrecarpetas, revaluación de la señalización horizontal, reconformación de taludes, suministro e instalación de delineadores de ruta, señales verticales, poste de referencia, reparación de obras de arte.*

*'Durante la etapa de diseños definitivos cuantificaremos el alcance de cada uno de los trabajos requeridos, de acuerdo con la siguiente metodología:*

*- Mantenimiento rutinario*

*'Como primera etapa se hará un inventario físico detallado a lo largo de la vía, identificando y cuantificando las labores a realizar, los cuales llevaremos a cabo tan pronto se haya iniciado la etapa de operación.*

**MANTENIMIENTO PERIODICO.**

*'Se distinguen tres frentes básicos de trabajo como son:*



- ‘1. Estructura de pavimento
- ‘2. Señalización y seguridad vial
- ‘3. Mantenimiento de obra de drenaje y de andenes

‘1. Estructura de pavimento.

*‘Para la cuantificación de los trabajos necesarios se requiere la correcta y detallada identificación y evaluación periódica del pavimento existente, el cual consiste en medir las características superficiales y sus deflexiones (Viga Benkleman) para determinar su valor estructural residual.*

*‘Dentro de las características superficiales se incluirá información acerca de baches, drenaje, condiciones ambientales y principalmente el tipo y cantidad de fisuración. Los daños superficiales se podrán clasificar en deformaciones, fisuraciones, agrietamientos, desprendimientos y afloramientos.*

*‘Con base en los parámetros ya mencionados identificaremos las zonas y/o sitios, cuyo mantenimiento y/o reparación sea de tipo puntual o de refuerzo continuo.*

*‘Las principales técnicas de reparación puntual podrían ser:*

- Parcheo
- Sellado de Grietas

**‘En los años 7 y 8, y 13 y 14 se tiene previsto colocar una carpeta asfáltica de refuerzo de 5.0 cms de espesor a todo lo largo de la vía.**

**‘La verificación del espesor del refuerzo se definirá con base en el método Shell, que considera el análisis elástico esfuerzo – deformación de las diferentes capas de la estructura existente. El tipo de refuerzo será en principio concreto asfáltico de sello o de rodadura, aunque la evaluación detallada durante la etapa de operación y mantenimiento concluirá en el más conveniente y económico.’**(Negritas y subrayas fuera de texto).

“**Quinto.** Como se puede apreciar, tanto lo exigido en el pliego de condiciones como lo ofertado libre y voluntariamente por el concesionario en punto al mantenimiento, y especialmente en su ofrecimiento de colocar una carpeta asfáltica de refuerzo de 5 cms de espesor a todo lo largo de la vía en los años 13 y 14 de la concesión, NO son un cúmulo de manifestaciones hipotéticas que debían concretarse en la etapa de estudios y diseños como equivocadamente lo ha planteado el concesionario en varios escenarios para evadir el cumplimiento de la obligación, toda vez que en ninguno de los apartes del pliego de condiciones, ni de la oferta, ni del contrato mismo, se establece condicionamiento alguno para el cumplimiento de esta obligación con base en los estudios y diseños, y es por ello que la convocante incurre en evidente contradicción al señalar que las actividades de mantenimiento serían concretadas en los estudios y diseños, pues lo cierto es que las fechas establecidas en la propuesta para la colación de la carpeta asfáltica de refuerzo, años 13 y 14, son periodos posteriores a la entrega de la construcción de los tramos concesionados, y conforman el periodo de operación de la vía, observándose que esta situación no depende de la adopción de los Estudios y Diseños presentados por el Concesionario, pues los Estudios y Diseños son una etapa anterior a la puesta en operación de cada tramo del proyecto, concluyéndose, que la instalación de la sobre carpeta no es hipotética ni optativa, es de obligatorio cumplimiento contractual la cual se instala en la Etapa de operación.

“**Sexto.** Surtido el proceso licitatorio, la propuesta presentada por las compañías precitadas en el hecho segundo, fue favorecida y el contrato le fue adjudicado a quienes luego conformaron la UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO VIAL DEL NORTE DE BOGOTÁ – DEVINORTE, adjudicación que se realizó mediante la resolución No. 8181 del 27 de octubre de 1994. (Prueba 3. Resolución de adjudicación).

“**Séptimo.** El 21 de noviembre de 1994, se celebró el contrato que creó la Unión Temporal DEVINORTE, entre las precitadas compañías, el cual ha sido objeto de varias modificaciones en cuanto a sus integrantes, al punto de que hoy solo tienen la calidad de integrantes de la citada Unión Temporal, las compañías que aparecen como convocadas en reconvención en el presente escrito de demanda. (Prueba 4. Documento de conformación de unión temporal y todas sus modificaciones).

“**Octavo.** El veinticuatro (24) de noviembre de 1994, el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS y la UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL NORTE DE BOGOTÁ – DEVINORTE, suscribieron el contrato de concesión No. 0664 de 1994, para la realización de los estudios y diseños definitivos, las obras de rehabilitación y de construcción, la operación y el mantenimiento del proyecto vial denominado ‘Desarrollo Vial para el Norte de Bogotá’, en el departamento de Cundinamarca. (Prueba 5. Contrato de concesión y todas sus modificaciones).

“**Noveno.** El día primero (1) de mayo de 1999, de conformidad con la cláusula tercera del contrato de concesión No. 0664 de 1994, se firmó entre las partes el acta de inicio de la etapa de operación, la cual se ejecutó hasta el 30 del mes de noviembre de 2017, fecha en que conforme al laudo arbitral de fecha seis (6) de octubre de 2016, debía terminar la concesión en tanto que se lograba la obtención de la TIR pactada. En la actualidad el contrato se encuentra en etapa de liquidación. (Prueba 6. Acta de inicio etapa de operación).

“**Décimo.** Tal como se estableció en la propuesta presentada por el Concesionario para acceder al contrato de concesión No. 664 de 1994, *‘En los años 7 y 8, y 13 y 14 se tiene previsto colocar una carpeta asfáltica de refuerzo de 5.0 cms de espesor a todo lo largo de la vía’* teniéndose como punto de partida el inicio de la etapa de operación que tuvo efecto en mayo de 1999. No obstante, solamente hasta el año 2005 por medio de la suscripción de Otrosí de fecha 31 de mayo de 2005, se aprobó el modelo financiero que rigió durante la vigencia del Contrato de Concesión hasta su modificación, al interior del laudo arbitral del 6 de octubre de 2015. Modelo Financiero, al interior del cual se incorporaron las provisiones presupuestales para la ejecución del Mantenimiento Periódico el cual incluye la aplicación de la capa de refuerzo en diferentes periodos por tramos, con un límite de ejecución de cinco (5) años.

“En ese sentido en el numeral 4.11 del documento *ACTUALIZACION DEL MODELO FINANCIERO Diciembre 28 de 2005 Bases de Cálculo*, se desarrollaron dichas inversiones de la siguiente forma:

**4.11. Costos de Mantenimiento**

*‘Durante las etapas de diseño y construcción no se genera ningún valor por este concepto.*

*‘A partir de mayo/99, mes de iniciación de la etapa de operación, se contemplan las siguientes partidas:*

*‘Mantenimiento Rutinario: \$12.9 millones mensuales de mayo/94 durante toda la etapa de operación a excepción del último año, que equivale a \$9.4 millones mensuales de mayo/94.*

*‘Mantenimiento Periódico: \$25.8 millones mensuales de mayo/94.*

*‘\$225.4 millones mensuales de mayo/94 los cuales se proyectan invertir cada 5 años una vez concluida la construcción de la obra.*

*‘Debido a las diferentes etapas en que se desarrolla la construcción de las obras se realiza también por etapas el mantenimiento periódico aplicando un porcentaje proporcional a cada obra faltante respecto al total del costo de construcción presentado en el cuadro No.12.*

*Cuadro No.12*

% DE OBRA EJECUTADA		68,67%		
Aplicación TRAMO I	Cada (años)	Duración (años)	Desde	Hasta
1	5	2	1-Abr-04	1-Abr-06
2	5	2	1-Abr-09	1-Abr-11
3	5	2	1-Abr-14	1-Abr-16

% DE OBRA EJECUTADA		10,14%		
Aplicación VTE CAJICA	Cada (años)	Duración (años)	Desde	Hasta
1	5	2	31-Mar-11	31-Mar-13
2	3,8	2	31-Dic-14	31-Dic-16

% DE OBRA EJECUTADA		21,18%		
Aplicación CAPELLANIA - ZIPAQUIRA	Cada (años)	Duración (años)	Desde	Hasta
1	5	2	31-Dic-12	31-Dic-14
2	2,0	2	31-Dic-14	31-Dic-16

Estos valores se indexan mensualmente con el 1,6%.

“Se modificó la segunda aplicación del mantenimiento periódico de la Variante de Cajicá y de Capellanía – Zipaquirá para realizarla durante los dos últimos años de la concesión independiente que el plazo entre la primera y segunda aplicación sea menor a 5 años”.

(Prueba: Otrosí 31 de mayo de 2005 – Documento Bases de Cálculo Actualización Modelo Financiero – Modelo Financiero).

“**Once.** El día veintiocho (28) de junio de 2013, las entonces sociedades integrantes de la Unión Temporal DEVINORTE, interpusieron ante el centro de arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, una demanda arbitral en contra de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, a fin de que se dirimieran varias controversias originadas entre las partes como consecuencia de la ejecución del contrato de concesión No. 0664 de 1994, celebrado el 24 de noviembre de 1994.

“**Doce.** En el decurso del proceso arbitral las partes con el objeto de ponerle fin a algunas de las controversias planteadas tanto por el concesionario como por la ANI, suscribieron el treinta (30) de octubre de 2015, un acuerdo conciliatorio parcial, en el cual se logró acuerdo parcial sobre unas pretensiones, como por ejemplo en la obligación de mantenimiento de los años 2004 y 2005. (Prueba 7. Acuerdo conciliatorio suscrito por las partes).

“**Trece.** El mencionado acuerdo conciliatorio suscrito entre la ANI y la UT DEVINORTE fue puesto a consideración del Tribunal Arbitral que adelantaba el proceso, el cual fue aprobado mediante auto de 24 de noviembre de 2015. (Prueba 8. Auto aprobatorio acuerdo conciliatorio parcial).

“**Catorce.** El seis (6) de octubre de 2016, el Tribunal Arbitral profirió laudo que puso fin al proceso surtido entre la UT DEVINORTE y la ANI. (Prueba 9. Laudo arbitral).

“**Quince.** En el laudo arbitral se determinó – entre otros asuntos - que el plazo del contrato de concesión No. 0664 de 1994, se extendería hasta el 30 de noviembre de 2017, fecha en la cual se obtenía la TIR pactada en favor del concesionario, de manera que a partir de esta fecha inició la etapa de reversión del proyecto al Estado.

“**Dieciséis.** En el laudo arbitral se determinó – entre otros asuntos - que el Modelo Financiero es un instrumento contractual y como tal es un elemento de gestión para el debido seguimiento y control del proyecto, tal como se contempló en el Otrosí del 31 de mayo de 2005, por el cual se incorporó el Modelo Financiero al Contrato.

“**Diecisiete.** En desarrollo del Tribunal de Arbitramento, se realizó la actualización del Modelo Financiero del Contrato 664 de 1994, incluyendo todos los componentes de inversión ejecutados y por ejecutar, que permitieran garantizar el equilibrio del Contrato y la obtención de la TIR del 10.93%, contemplando la terminación del Contrato el 30 de noviembre de 2017.

“**Dieciocho.** Antes de la terminación del plazo de ejecución de la concesión, la interventoría del contrato Consorcio ICITY mediante varias comunicaciones exigió al concesionario DEVINORTE el

cumplimiento de la obligación de mantenimiento contenida en la propuesta, y especialmente referido a la colocación de la carpeta asfáltica de refuerzo de 5 cms de espesor que se había ofrecido instalar en los años 13 y 14 de la concesión y a todo lo largo de la vía concesionada, ya que a las fechas de las citadas comunicaciones el concesionario no había cumplido lo ofrecido. (Prueba 10. Comunicaciones de interventoría)

**“Diecinueve.** En respuesta a lo anterior, el concesionario se ha negado deliberadamente al cumplimiento de dicha obligación, amparándose en todo tipo de argumentos, principalmente en el hecho de que – bajo su criterio – dicha obligación se encuentra extinguida a la luz del acuerdo conciliatorio celebrado y aprobado por el Tribunal Arbitral, y porque a juicio del concesionario, la vía cumple con el índice de estado.

**“Veinte.** La postura del concesionario no es aceptable desde ningún punto de vista, toda vez que lo conciliado hace referencia a otro periodo distinto de la obligación de mantenimiento, esto es periodo 2004-2005; el pliego de condiciones, la propuesta del concesionario y el contrato de concesión no fueron anulados ni suspendidos en el marco del citado proceso arbitral, de manera que producen plenos efectos jurídicos, por lo que se requiere que el concesionario cumpla con la obligación de colocar una capa asfáltica de refuerzo, toda vez que se debe garantizar la estabilidad, durabilidad y servicio de la vía una vez terminada la concesión.

“Además de lo anterior, jurídicamente es imposible tener como conciliadas unas obligaciones que no hicieron parte del acuerdo conciliatorio ni de la aprobación dada por el Tribunal Arbitral anterior, pues se reitera que el mantenimiento que se reclama en esta reconvención es el correspondiente al segundo mantenimiento ofrecido en la propuesta del concesionario, esto es, el de los años 13 y 14 de la concesión.

**“Veintiuno.** De acuerdo a lo anterior, el cumplimiento del índice de Estado no exime al concesionario del cumplimiento del mantenimiento ofrecido, toda vez que este no quedó condicionado a tal evento, y por tanto debe cumplir con lo ofrecido en la propuesta presentada en el marco de la licitación. En otras palabras, así el concesionario haya obtenido un resultado del índice de estado superior a 4.00, ello no lo exime, de realizar la instalación de la sobre carpeta a lo largo de toda la Concesión.

**“Veintidós.** Como otra de las excusas planteadas por el concesionario para evadir el cumplimiento de la obligación de mantenimiento, es la no coincidencia de los años en que se ofreció hacer el mantenimiento, con los años reales de ejecución de las obras, pero no obstante, ello en ningún momento extingue el cumplimiento de la obligación de mantenimiento conforme a lo ofrecido en la oferta presentada en el marco de la licitación pública, pues así las obras o cada uno de los tramos se hubiere terminado en fecha posterior, la obligación de poner la carpeta asfáltica subsiste y no ha sido modificada.

**“Veintitrés.** El plazo de ejecución y/o la etapa de operación del contrato de concesión No. 0664 de 1994, terminó el pasado 30 de noviembre de 2017, conforme con lo ordenado en el laudo arbitral anterior, sin que el concesionario hubiere cumplido con la obligación de mantenimiento ofrecida en su propuesta, y especialmente en lo que corresponde a la colocación de una carpeta asfáltica de refuerzo de 5 cms de espesor a lo largo de la vía concesionada, pese a las insistentes solicitudes de la interventoría.

**“Veinticuatro.** Dicha circunstancia comporta un evidente incumplimiento contractual por parte del concesionario, y por tanto debe cumplir con la obligación principal o el subrogado pecuniario.”

La Agencia Nacional de Infraestructura ANI, por conducto de su Apoderado, presentó los siguientes fundamentos de derecho, que junto con lo expuesto en el capítulo de hechos, a su juicio, sustentan las citadas pretensiones:

**“5.1. ‘El contrato es ley para las partes y debe ser cumplido de buena fe.’/ ‘La oferta presentada por el concesionario en el marco de la licitación pública No. 005 de 1994, en cuanto respecta al mantenimiento ofrecido es obligatoria y vinculante tanto para la entidad como para el concesionario y por tanto deben cumplirse’.**

“Como quiera que la obligación de mantenimiento y en especial la de color una carpeta asfáltica de refuerzo en los años 13 y 14 de la concesión a cargo del concesionario no fue extinguida en virtud del proceso arbitral anterior que adelantaron las mismas partes, ni por cuenta del acuerdo conciliatorio suscrito y aprobado judicialmente, el concesionario debe cumplir con dicho compromiso, pues es sabido que tanto el pliego de condiciones como la propuesta misma hacen parte integral del contrato, y en esa medida es exigible dicha obligación.

“En efecto, Como se desprende de lo señalado en las distintas fuentes del derecho colombiano, la Administración Pública está sujeta a una serie de principios en el desarrollo de sus actuaciones contractuales conforme a los postulados que rigen la función administrativa. Dichas directrices, aplicadas en conjunto, constituyen el medio jurídico idóneo para la ejecución eficaz de los contratos celebrados por las entidades públicas a la luz de los objetivos emanados de las diversas relaciones contractuales.

“Entre los principios generales propios de la actividad administrativa, del régimen de los contratos, y en especial, de los contratos administrativos, encontramos, entre otros, el principio *pacta sunt servanda*, *lex contractus* o ley para las partes. De acuerdo con lo señalado por la jurisprudencia colombiana,<sup>255</sup> los contratos se celebran para ser cumplidos por las partes, y en ese sentido, aquellas deben ejecutar las prestaciones que emanan de los mismos de forma íntegra, efectiva y oportuna como consecuencia de su fuerza obligatoria.

“Precisamente, al ser el contrato la expresión material de la autonomía de la voluntad de los sujetos de la relación jurídica, el artículo 1602 del Código Civil confirma el alcance del principio en mención al concretar que los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y sólo pueden ser invalidados por el consentimiento mutuo de quienes lo celebran o por causas legales.<sup>256</sup> Así ha sido señalado por el Consejo de Estado en los siguientes términos:

*‘En efecto, el contrato, expresión de la autonomía de la voluntad, se rige por el principio ‘lex contractus, pacta sunt servanda’, consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, según el cual los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales. En concordancia con la norma anterior, el artículo 1603 de la misma obra, prescribe que los contratos deben ser ejecutados de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella sin cláusula especial.’*<sup>257</sup>

“Por lo anterior, una vez celebrado el contrato, las partes tienen la obligación de cumplirlo en lo correspondiente a sus elementos esenciales, naturales y accidentales porque, además de ser ley para las partes (con las implicaciones que de ello se derivan), debe ser ejecutado de buena fe y conforme a lo convenido. Así pues, el contrato celebrado válidamente por los sujetos de una relación jurídica constituye ley de estricto cumplimiento en atención a todas y cada una de las disposiciones previamente señaladas en su contenido.

“Sobre la obligatoriedad de los contratos, la jurisprudencia ha dicho:

*‘Señala la explicación del artículo 1602 del Código Civil consagrando el principio lex contractus, pacta sunt servanda, por cuya virtud se impone el cumplimiento obligatorio de los pactos que dimanen de toda relación jurídica negocial (rectius: contrato), bien de manera espontánea o forzosamente. La mencionada disposición advierte sobre la fuerza normativa característica de todo contrato como efecto inicial del vínculo, en tanto ‘ata’ a sus intervinientes al cumplimiento de un propósito común, lo cual supone una consecuencia práctico-jurídica de gran utilidad dentro del tráfico de bienes y servicios, en tanto ofrece estabilidad, previsibilidad y certidumbre en las relaciones contractuales y, en principio, genera la imposibilidad de aniquilar el vínculo por un acto unilateral.*

---

<sup>255</sup> Nota de pie de página de la demanda de reconvención reformada de la ANI: “<sup>1</sup> Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 29 de agosto de 2012. Expediente No. 21315. C.P. Dr. Danilo Rojas Betancourth.”

<sup>256</sup> Nota de pie de página de la demanda de reconvención reformada de la ANI: “<sup>2</sup> Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 30 de enero de 2013. Expediente No. 24217. C.P. Dr. Danilo Rojas Betancourth.”

<sup>257</sup> Nota de pie de página de la demanda de reconvención reformada de la ANI: “<sup>3</sup> Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 30 de julio de 2015. Expediente No. 33925. C.P. Dra. Stella Conto Díaz Del Castillo.”

**El artículo 1602 del Código Civil refleja la fuerza vinculante del contrato y, por lo tanto, repudia toda actuación unilateral y caprichosa de alguna de las partes que tenga por finalidad afectar el interés común de los sujetos negociales y, en general, el desapegarse arbitrariamente del acuerdo de voluntades válidamente celebrado.** (Negrillas y subrayas fuera del texto)<sup>258</sup>

“Así las cosas, los contratos son ley para las partes, obligan a lo allí pactado, y además, deben ejecutarse de buena fe. Sobre el particular el Consejo de Estado ha señalado:

*‘Esta Subsección ha insistido sobre la buena fe contractual, u objetiva, en los siguientes términos:*

*‘De lo preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción parecida al artículo 1603 del Código Civil, se desprende que en todo el iter contractual, **esto es antes, durante y después de la celebración del contrato, y aún después de su extinción, se impone a los intervinientes el deber de obrar de conformidad con los postulados de la buena fe.***

*‘En efecto, aquel precepto prevé que los contratos deben ‘celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.’*

*‘Pero además, como si no fuera suficiente, el artículo 863 de esa misma codificación ordena que ‘las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen’, precepto este que en la contratación pública ha de tenerse como un desarrollo del principio general de planeación que debe informar a toda la actividad contractual del Estado.*

*Sin embargo con frecuencia inusitada se cree que la buena fe a que se refiere estos preceptos consiste en la convicción de estar obrando conforme a derecho, en la creencia de que la conducta se ajusta en un todo a lo convenido y, en general, en el convencimiento de que se ha observado la normatividad y el contrato, independientemente de que esto sea efectivamente así por haberse incurrido en un error de apreciación porque se piensa que lo que en verdad importa es ese estado subjetivo consistente en que se tiene la íntima certidumbre de haber actuado bien.*

*‘Empero nada más lejano de la realidad que esa suposición porque la buena fe contractual no consiste en creencias o convicciones de haber actuado o estar actuando bien, es decir no es una buena fe subjetiva, sino que estriba en un comportamiento real y efectivamente ajustado al ordenamiento y al contrato y por consiguiente ella, tal como lo ha señalado ésta Subsección, **consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia**’, es decir, se trata aquí de una buena fe objetiva y ‘por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho’ o conforme al contrato, pues tales convencimientos son irrelevantes porque, habida cuenta de la función social y económica del contrato, lo que en verdad cuenta son todos los actos reales y efectivos que procuran la cabal realización de estas funciones dentro del ámbito de la legalidad y de la lealtad y corrección, esto es, ajustados en un todo al ordenamiento jurídico y a lo convenido.’<sup>259</sup> (Subrayas y negrillas fuera del texto)*

“Por lo anterior, en los contratos estatales, en virtud de la buena fe precontractual, los documentos previos a la celebración del contrato hacen parte del mismo y tienen fuerza vinculante, como lo son el pliego de condiciones, la propuesta presentada por el contratista, respuestas a las observaciones presentadas al pliego de condiciones, etc. Sobre el particular, el Consejo de Estado ha sido claro en señalar lo siguiente:

*‘En esa perspectiva, el pliego de condiciones es el acto jurídico fundamental sobre el cual gira toda la etapa de selección del contratista, es decir, la precontractual, por cuanto en el mismo se fija el objeto del contrato a suscribir, se identifica la causa del negocio jurídico, se determina el procedimiento o cauce a surtir para la evaluación objetiva y técnica de las ofertas, y se indican los plazos y términos en que se ejecutará todo el proceso que culminará con la adjudicación del contrato o con la declaratoria de desierto. Por lo tanto, el pliego de condiciones concreta o materializa los principios de planeación contractual y de transparencia, comoquiera que su adecuada formulación permite o garantiza la selección objetiva del contratista de acuerdo con los parámetros de calificación correspondientes para cada tipo de procedimiento (v.gr. licitación pública, selección*

---

<sup>258</sup> Nota de pie de página de la demanda de reconvención reformada de la ANI: “<sup>44</sup> Consejo de Estado, Sentencia del 01 de abril de 2016. C.P Jaime Orlando Santofimio. Expediente 52532.”

<sup>259</sup> Nota de pie de página de la demanda de reconvención reformada de la ANI: “<sup>45</sup> Consejo de Estado, Sentencia de Enero 28 de 2015. C.P Hernán Andrade. Expediente 31162”

*abreviada, concurso de méritos, etc.), de acuerdo con el marco establecido en la ley (art. 29 de la ley 80 de 1993, derogado por el artículo 32 de la ley 1150 de 2007, y este último, modificado por el artículo 88 de la ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción). **En esa perspectiva, el pliego de condiciones constituye la ley tanto del procedimiento administrativo de selección del contratista, como del contrato a celebrar, razón por la que se traduce en un conjunto de disposiciones y cláusulas elaboradas unilateralmente por la administración, con efectos obligatorios para ésta como para los proponentes u oferentes, en aras de disciplinar el desarrollo y las etapas del trámite de selección, como el contrato ofrecido a los interesados en participar en la convocatoria a través de la aspiración legítima de que éste les sea adjudicado para colaborar con aquélla en la realización de un fin general, todo lo cual ha de hacerse con plenas garantías y en igualdad de condiciones para los oferentes.***<sup>260</sup>

Negrilla y subraya fuera del texto original

“De otra parte, es preciso poner de presente a los Honorables Árbitros que de la lectura del numeral 9.2., programa de mantenimiento de la vía, del volumen VI, Tomo I de la propuesta de la UT., jamás se manifiesta que se trata de actividades hipotéticas que serían objeto de posterior concreción, por el contrario, y al menos en lo que corresponde a la colocación de la carpeta asfáltica de refuerzo, lo que se advierte es que concesionario se obligó de manera clara y simple, a colocar dicha carpeta de refuerzo, sin condicionamiento alguno para el cumplimiento de esta obligación.

“Contrario a lo afirmado por la convocante, fue tan preciso el ofrecimiento en este punto, que inclusive en la propuesta elaborada por el mismo concesionario, se dio a la tarea de identificar o establecer inclusive los años de la concesión en que colocaría esta carpeta, luego de ninguna manera se trata de ofrecimientos hipotéticos o de meros supuestos. Y es que la excusa del concesionario se cae por su propio peso, ya que el programa de mantenimiento no era una simple manifestación que de buena voluntad quisiera hacer el proponente en el marco de la licitación, por el contrario, el ofrecimiento de un plan de mantenimiento era un requisito habilitante exigido por el pliego de condiciones de la licitación No. 005 de 1994, que además le imponía una carga de claridad y de precisión en este programa, tal y como dice a la letra el citado pliego:

“2.4. CONTENIDO DE LA PROPUESTA.

2.4.1. DOCUMENTOS DE LA PROPUESTA

(...)

*‘H. Propuesta para la operación del proyecto; que incluye el mantenimiento de las obras y la administración del proyecto, de acuerdo con las condiciones establecidas en el numeral 2.5.4.’.*

“Por su parte, el citado numeral 2.4.5., del pliego de condiciones de la licitación No. 005 de 1994, establece:

2.4.5. PROPUESTA PARA LA OPERACIÓN DEL PROYECTO

(...)

*‘La propuesta para la operación del proyecto debe contener los siguientes puntos:*

*‘A. Características generales de la operación:*

(...)

*- Los métodos constructivos que se ofrecen para llevar a cabo el mantenimiento de la obra. Debe incluirse un listado de las actividades **a ser desarrolladas para el mantenimiento de la obra** ya sean rutinarias, preventivas o de construcción parcial, y los recursos que cada una de ellas demanda.*

*‘B. Programa para el mantenimiento de la obra.*

*‘En el que se especifique semestralmente las tareas de mantenimiento rutinario y preventivo que deben desarrollarse para conservar y operar la obra en un todo de acuerdo con las condiciones de este Pliego y con el Reglamento para la Operación*

---

<sup>260</sup> Nota de pie de página de la demanda de reconvención reformada de la ANI: “<sup>66</sup> Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 24 de julio de 2013. C.P. Dr. Enrique Gil Botero. Expediente No. 25642.”

*de Carreteras Concesionadas que se anexa. El programa debe realizarse sobre las actividades de conservación descritas en el literal anterior.'*

“Como se puede apreciar, el argumento de que el programa de mantenimiento era solo un cúmulo de manifestaciones hipotéticas no es cierto y por decir lo menos, constituye un despropósito, máxime cuando la convocante incurre en evidente contradicción al señalar que las actividades de mantenimiento sería concretadas en los estudios y diseños, pues lo cierto es que las fechas establecidas en la propuesta para la colación de la carpeta asfáltica de refuerzo, años 13 y 14 que importan a esta controversia, son periodos posteriores a la entrega de la construcción de los tramos anteriormente mencionados, y conforman el periodo de operación de la vía, observándose que esta situación no depende de la adopción de los Estudios y Diseños presentados por el Concesionario, pues los Estudios y Diseños son una etapa anterior a la puesta en operación de cada tramo del proyecto, concluyendo, que la instalación de la sobre carpeta no es hipotética ni optativa, es de obligatorio cumplimiento contractual la cual se instala en la Etapa de operación.

“En consecuencia, la convocante deberá cumplir con la obligación de mantenimiento, y especialmente la de colocar una carpeta asfáltica de refuerzo que fue ofrecida para realizarse en los años 13 y 14 de la concesión.

“De igual modo, como quiera que el artículo 1602 del Código Civil refleja la fuerza vinculante del contrato y, por lo tanto, repudia toda actuación unilateral y caprichosa de alguna de las partes que tenga por finalidad afectar el interés común de los sujetos negociales y, en general, el desaparecer arbitrariamente del acuerdo de voluntades válidamente celebrado, que es precisamente lo que está haciendo la convocante de manera deliberada, solicitamos a los Honorables Árbitros que se declare que el contrato es ley para las partes, y que por tanto la convocante debe cumplir con la obligación de mantenimiento, y especialmente la de colocar una carpeta asfáltica de refuerzo que fue ofrecida para realizarse en los años 13 y 14 de la concesión, o en su defecto que pague el valor correspondiente de la obligación.”

Además, atrás se señaló, al analizar las pretensiones de la demanda arbitral sobre el mismo tema, cuál fueron los fundamentos expuestos en su alegato de conclusión por la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, tanto como Parte Convocada como Convocante en Reconvención.

## **1.2. La oposición formulada por la Parte Convocada en Reconvención**

La Parte Convocada en Reconvención se opuso a las anteriores pretensiones así:

**“A LA PRIMERA PRINCIPAL.-** Desde luego que como quedará probado, la hipotética obligación de poner una carpeta asfáltica de refuerzo no resulta ni del Pliego de Condiciones que rigió la Licitación Pública No. 005 de 1994, ni de la Propuesta presentada por el Concesionario con ocasión de ella.

**“A LA SEGUNDA PRINCIPAL.-** No obstante su absoluta inocuidad, nos oponemos a su despacho favorable, toda vez que, dada la naturaleza de los Contratos de Concesión, los Demandados en Reconvención tienen el deber de proveer los recursos económicos que le pongan en situación de poder cumplir las obligaciones ciertas a su cargo derivadas del Contrato 0664 de 1994.

**“A LA TERCERA PRINCIPAL.-** Como elemental consecuencia de nuestra oposición a la Primera Principal, nos resistimos a que se declare que los Demandados en Reconvención incumplieron con una obligación inexistente.

**“A LA CUARTA PRINCIPAL.-** La rechazamos por representar una pretensión declarativa de imposible cumplimiento según la misma Demandante en Reconvención lo destaca al formular su pretensión subsidiaria.

**“A LA PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA CUARTA PRINCIPAL.-** No siendo de recibo las pretensiones que le preceden, no es dable condenar a las demandadas en reconvención a pagar el valor compensatorio de una obligación que se dice incumplida, pero que resulta inexistente.”



En relación con los hechos descritos en la demanda de reconvención, la Parte Convocante y Convocada en Reconvención señaló que el texto que despliega la Propuesta en torno al Mantenimiento Periódico de la Vía condicionaba la obligación reclamada a la ocurrencia de varios eventos como son: **(i)** la cuantificación de los trabajos requeridos; **(ii)** la identificación de las zonas y/o sitios, necesitadas de mantenimiento y/o reparación de tipo puntual o de refuerzo continuo; **(iii)** la definición de las técnicas de reparación; **(iv)** la definición de la necesidad de colocar una carpeta asfáltica de refuerzo en los años 7 y 8 y 13 y 14 según la verificación previa del espesor del refuerzo requerido, si a él hubiese lugar, mediante la aplicación para su cálculo del *Método Shell*; **(v)** la definición de la naturaleza del refuerzo buscando el de menor costo y mayor ventaja para el Proyecto, todas las cuales condicionantes de la obligación de Mantenimiento Periódico se encuentran vertidos en la oferta presentada por el Proponente.

Aceptó como cierto que el 30 de octubre de 2015, las Partes celebraron Acuerdo Conciliatorio Parcial sobre algunas de las mutuas pretensiones que eran objeto de escrutinio al interior del Proceso Arbitral y señaló que en cuanto hace a la obligación de mantenimiento aludida por la ANI debe precisarse que la pretensión desistida por la Agencia, y conciliada en últimas, se refería a todo el Programa de Mantenimiento y no solo al correspondiente a los años 2004 y 2005, pero que en todo caso, se atenía al contenido literal del Acuerdo Conciliatorio Parcial concertado.

Aceptó como cierto el hecho descrito acerca de la aprobación del Acuerdo Conciliatorio Parcial el 24 de noviembre de 2015 con la reseña de que en la parte resolutive el Tribunal señaló textualmente, entre otras cosas, lo que sigue:

***“CUARTO:** Como consecuencia de lo anterior, declarar que la conciliación así aprobada produce efectos de cosa juzgada en última instancia en los términos contenidos en el documento suscrito por las partes el 30 de octubre de 2015.”* (Subrayas fuera de texto)

También admitió como cierto que el Laudo proferido el 6 de octubre de 2016, haya fijado como fecha de terminación de la Etapa de Operación del Contrato el día 30 de noviembre de 2017, por cuanto a esa data el Concesionario habría obtenido la TIR pactada, pero no aceptó como cierto que partir de esa fecha -“30 de noviembre de 2017”- se iniciara la Etapa de Reversión del Proyecto puesto que la Reversión no corresponde a una Etapa contractual sino a un momento específico que tuvo lugar a las 11:59 p.m. del atrás mentado día.

Igualmente señaló que la actualización del Modelo Financiero del Contrato 0664 de 1994 contemplaba diferentes clases o tipos de hechos económicos a saber: (i) los reales sucedidos hasta la fecha del Laudo; (ii) las estimaciones correspondientes a fechas anteriores a la de la emisión del Laudo que, por razón del Modelo Financiero pactado, no concuerdan con lo en la realidad sucedido; y, (iii) los hechos proyectados a ocurrir con posterioridad al día de la emisión del Laudo.

Finalmente, admitió como cierta la existencia de las comunicaciones dirigidas por el Consorcio **ICITY** a las Convocantes pero con la aclaración de que todas y cada una de éstas fueron atendidas oportunamente por la Concesionaria fijando su posición en relación con la inexistencia del deber cuyo cumplimiento reclamaba la Interventoría.

Frente a todos los hechos formulados en la demanda de reconvención, la Parte Convocante y Convocada en reconvención formuló los siguientes hechos exceptivos:

**“1.- La oferta que formularon los Partícipes en cuanto al Programa de Mantenimiento.**

“Lo fue en los términos que seguidamente se reproducen:

(...) 9.2 PROGRAMA PARA EL MANTENIMIENTO DE LA VÍA

*'Se han clasificado dos tipos de mantenimiento así:*

*'Rutinario*

*'Se refiere a las labores de rocería, limpieza de obra de drenaje, limpieza de descoles e incoles [sic], limpieza de señales, y reposición de taches reflectivos, etc.*

*'Periódico*

*'Incluye trabajos de parcheo, colocación de sobrecarpetas, revaluación de la señalización horizontal, reconformación de taludes, suministro e instalación de delineadores de ruta, señales verticales, poste de referencia, reparación de obras de arte.*

*'Durante la etapa de diseños definitivos **cuantificaremos** el alcance de cada uno de los trabajos requeridos, de acuerdo con la siguiente metodología:*

*'Mantenimiento rutinario*

*'Como primera etapa se hará un inventario físico detallado a lo largo de la vía, identificando y cuantificando las labores a realizar, los cuales llevaremos a cabo tan pronto se haya iniciado la etapa de operación.*

#### MANTENIMIENTO PERIÓDICO

*'Se distinguen tres frentes básicos de trabajo como son:*

- '1. Estructura de pavimento*
- '2. Señalización y seguridad vial*
- '3. Mantenimiento de obra de drenaje y de andenes*

*'1. Estructura de Pavimento*

*'Para la cuantificación de los trabajos necesarios se requiere la correcta y detallada identificación y evaluación periódica del pavimento existente, el cual consiste en medir las características superficiales y sus deflexiones (Viga Benkelman) para determinar su valor estructural residual*

*'Dentro de las características superficiales se incluirá información acerca de baches, drenaje, condiciones ambientales y principalmente el tipo y cantidad de fisuración. Los daños superficiales se podrán clasificar en deformaciones, fisuraciones, agrietamientos, desprendimientos y afloramientos.*

*'Con base en los parámetros ya mencionados **identificaremos** las zonas y/o sitios, cuyo mantenimiento y/o reparación sea de tipo puntual o de refuerzo continuo.*

*'Las principales técnicas de reparación puntual **podrían ser:***

- -Parcheo*
- -Sellado de Grietas*

*'En los años 7 y 8, y 13 y 14 se tiene previsto colocar una carpeta asfáltica de refuerzo de 5.0 cms de espesor a todo lo largo de la vía.*

*'La verificación del espesor del refuerzo se definirá con base en el método Shell, que considera el análisis elástico esfuerzo - deformación de las diferentes capas de la estructura existente. El tipo de refuerzo será en principio concreto asfáltico de sello o de rodadura, aunque la evaluación detallada durante la etapa de operación y mantenimiento concluirá en el más conveniente y **ECONÓMICO.**'*

**'2.- La no coincidencia uniforme de los años 7 y 8 y 13 y 14, según número de orden, con los correspondientes años calendario identificados por la Convocada, en tratándose de cada Tramo o Trayecto de los que constituyen el alcance del Contrato.**

**'Dice la lógica más básica que no es dable intervenir físicamente sobre un objeto inexistente.**

**'Ello conduce a que afirmemos que el anhelado recapeo en los años que se mentan; en primer lugar, no ostenta una temporalidad o cronología uniforme, desde luego que los diferentes Tramos o Trayectos que en su conjunto encarnan el Sistema Vial para el Desarrollo del Norte de Bogotá y que fueron**

objeto ya de construcción, ora de rehabilitación, bien de mejoramiento, entraron en Etapa de Operación en diferentes épocas; en segundo lugar, porque en cuanto dice relación a algunos de ellos, los años 13 y 14 se situarían más allá del término de duración del Contrato como habremos de ver; y, en tercer lugar, porque la mención de los tantas veces citados años era simplemente figurativa o hecha en vía de ejemplo.

“Así las cosas, para una mejor ilustración de Sus Señorías, a renglón seguido mostramos un cuadro resumen de cada Tramo o grupo de ellos, en el que: **(i)** se identifican; **(ii)** se detalla el tipo de intervención del que fueron objeto; **(iii)** se precisa la fecha de finalización de la actividad que sobre ellos verso; y, **(iv)** se precisan los años calendario en que habría de haber ocurrido el recapeo que se invoca. Helo aquí:

TRAMO	Rehabilitación y ampliación en km	Construcción en km	Longitud en km	CONSTRUCCIÓN		OPERACIÓN	REPAVIMENTACION	
				Inicio	Fin		Inicio	Fin
El Buda - La Caro doble calzada de 3 carriles en cada sentido	5,2		5,20	nov-1995	may-1996	1 de mayo de 1999	sep-2007	nov-2007
El Buda - Carrera Séptima - La Caro calzada sencilla 1 carril por sentido	5,5		5,50	nov-1995	may-1996	1 de mayo de 1999	feb-2008	mar-2008
La Caro - Briceño doble calzada de 3 carriles en cada sentido	14,5	14,50	14,50	jul-1996	abr-1999	1 de mayo de 1999	mar-2008	nov-2008
La Caro - Centro Chía calzada sencilla de 2 carriles en un solo sentido	1,0		1,00				ene-2011	feb-2011
Centro Chía - Rancho J. R. doble calzada de 3 carriles en cada sentido	5,3	5,30	5,30	jul-1996	abr-1999	1 de mayo de 1999	mar-2007	jun-2007
Variante de Cajicá doble calzada de 2 carriles en cada sentido		6,20	6,20	jun-2004	abr-2006	1 de mayo de 2006		
Capellania - Zipaquirá doble calzada de 2 carriles en cada sentido	9,8	9,80	9,80	feb-2007	abr-2010	1 de mayo de 2010		
Variante de Portachuelo doble calzada de 2 carriles en cada sentido		3,10	3,10	feb-2007	abr-2010	1 de mayo de 2010		
Variante de Teletón calzada sencilla de 3 carriles en un solo sentido		1,50	1,50	jul-1996	abr-1999	1 de mayo de 1999	jun-2007	jul-2007
Variante Sindamanoy, Puente y Ramales calzada sencilla de 1.5 carriles en un solo sentido		1,40	1,40	jul-1996	abr-1999	1 de mayo de 1999	mar-2008	nov-2008
Box Hato Grande y Ramales hasta paso a Nivel calzada sencilla de 1.5 carriles en un solo sentido		1,03	1,03	jul-1996	abr-1999	1 de mayo de 1999	mar-2008	nov-2008
Puente de Clubes y Ramales calzada sencilla de 1.5 carriles en un solo sentido		1,14	1,14	jul-1996	abr-1999	1 de mayo de 1999	mar-2008	nov-2008
Puente Briceño I y Ramales calzada sencilla de 1.5 carriles en un solo sentido		1,04	1,04	jul-1996	abr-1999	1 de mayo de 1999	mar-2008	nov-2008
Box Briceño III y Ramales calzada sencilla de 1.5 carriles en un solo sentido		0,69	0,69	jul-1996	abr-1999	1 de mayo de 1999	mar-2008	nov-2008
Puente Briceño II y Ramales calzada sencilla de 1.5 carriles en un solo sentido		1,12	1,12	jul-1996	abr-1999	1 de mayo de 1999	mar-2008	nov-2008
Briceño, Interiores y Gorieta calzada sencilla de 1.5 carriles en un solo sentido		1,80	1,80	jul-1996	abr-1999	1 de mayo de 1999	mar-2008	nov-2008
Retornos La Caro, Puente Series y Box Yerbabuena calzada sencilla de 1.5 carriles en un solo sentido		3,07	3,07	jul-1996	abr-1999	1 de mayo de 1999	feb-2008	mar-2008
J.R. Salida Tabio calzada sencilla de 1 carril por sentido		1,50	1,50	jul-1996	abr-1999	1 de mayo de 1999	jun-2008	jun-2008
Ramales Puente J.R. calzada sencilla de 1.5 carriles en un solo sentido		0,91	0,91	jun-2004	abr-2006	1 de mayo de 2006		
Ramales Capellania calzada sencilla de 1.5 carriles en un solo sentido		0,71	0,71	jun-2004	abr-2006	1 de mayo de 2006		
Ramales Centro Chía calzada sencilla de 1.5 carriles en un solo sentido		2,30	2,30	jul-1996	abr-1999	1 de mayo de 1999	mar-2007	jun-2007
	41,30	57,11	68,81					

“Sumariamente los años de las **ESTIMADAS**, que no asumidas intervenciones de recapeo, si se inicia el conteo de las anualidades una vez ocurrida la entrada en operación del Tramo en cuestión, habrían de ocurrir así:

Fecha de inicio Etapa de Operación	Año 7	Año 8	Año 13	Año 14
Mayo de 1999	2006	2007	2012	2013
Mayo de 2006	2013	2014	N/A	N/A
Mayo de 2010	2017	N/A	N/A	N/A

“Y si desde el inicio del Contrato; como a continuación se muestra:

Fecha del Contrato de Concesión	Año 7	Año 8	Año 13	Año 14
Noviembre de 1994	2001	2002	2007	2008

“Tal contradicción solo la explica o la estulta interpretación por las Partes de la Propuesta como documento que es del Contrato; o lo, que suena mejor, la condición de estimados o insinuados de los años mentados; vale decir como aquellos en los que **SE PREVEÍA** imponer sobre el asfalto de las vías una sobre capa, si ello hubiese sido técnicamente necesario para dotar a la vía de la vida residual remanente apremiada por el Contrato.

**“3.- La no coincidencia de los años calendario con los años numéricos respecto de cada Tramo.**

“Como se pasó de ver tal coincidencia no existe por la potísima razón de que los años 7 y 8 y 13 y 14, simplemente representaban una hipótesis de cabal concreción tan solo si todas las obras se hubiesen culminado el mismo año y los estudios técnicos hubiesen arrojado idéntica diagnosis y posología. Lo cual, en puridad de verdad, resultaba de imposible concreción.

“Pero si se le otorga al texto de la propuesta un sentido lógico todo cuadra como anillo al dedo y como en los hechos sucedió. El recapeo se produjo: (i) en la medida de ser necesario; (ii) en las épocas en que los estudios del pavimento lo indicaron; y, (iii) con la magnitud que de los mismos se extrajo. Sin más advertencias.

#### **“4.- Los estudios de Bateman de 2006, 2014 y el nuevo presentado como Dictamen Pericial de Parte.**

“En armonía con lo que ofertaron los Partícipes de la futura Unión Temporal Devinorte en el sentido que [p]ara la cuantificación de los trabajos necesarios se requiere la correcta y detallada identificación y evaluación periódica del pavimento existente, el cual consiste en medir las características superficiales y sus deflexiones (Viga Benkelman) para determinar su valor estructural residual.

“Y que [e]n los años 7 y 8, y 13 y 14 SE TIENE PREVISTO colocar una carpeta asfáltica de refuerzo de 5.0 cms de espesor a todo lo largo de la vía.

“Caso en el cual [l]a verificación del espesor del refuerzo se definirá con base en el método Shell, que considera el análisis elástico esfuerzo - deformación de las diferentes capas de la estructura existente. El tipo de refuerzo será en principio concreto asfáltico de sello o de rodadura, aunque la evaluación detallada durante la etapa de operación y mantenimiento concluirá en el más conveniente y ECONÓMICO.

“Las Convocantes actuaron la evaluación periódica del estado de la vía y, como quedará ineluctablemente establecido, realizaron actividades de las calificadas como Mantenimiento Periódico tendientes a cumplir, con demasía, las obligaciones de resultado emergentes del contrato; como han sido las de cumplir con el Índice de Estado (4.0) y con la Vida Residual de las vías (2 años).

“Basta lo dicho por este experto para ratificar la convicción de que las vías no requerían de recapeo alguno para mostrar y garantizar una vida residual de dos años, en absoluta consonancia con lo que, en tres momentos anteriores, fue averiguado por el reconocido especialista Jaime Bateman.

#### **“5.- Las actividades de recapeo realizadas**

“Se realizaron durante todo el transcurso del contrato sobre las vías ya construidas o rehabilitadas y a partir del inicio de su Etapa de Operación, según cada caso. Por las cuantías, en la temporalidad, y con la naturaleza de la intervención; que refulgirán desde el acervo probatorio.

“Lo ocurrido en punto al Mantenimiento Periódico se explyea en el documento denominado ‘Costos históricos de Mantenimiento Periódico Marzo-1999 - Dic -2017’ que se aporta como prueba de este escrito, que complementa e incluye las conclusiones del Dictamen Pericial Técnico aducido al Arbitraje que precedentemente enfrentó a las mismas Partes.”

Como complemento de lo anterior, en relación con las pretensiones objeto de análisis, la Parte Convocante y Convocada en Reconvención formuló las siguientes excepciones:

**“V.1.- INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE COLOCAR UNA CARPETA ASFÁLTICA DE REFUERZO A TODO LO LARGO DE LA VÍA CONCESIONADA. COSA JUZGADA. EFECTO DERIVADO DEL DESISTIMIENTO ACTUADO POR LA ANI EN FRENTE DE LAS PRETENSIONES ATINENTES AL PROGRAMA DE MANTENIMIENTO INCLUIDAS DENTRO DE UN ACUERDO CONCILIATORIO Y COBIJADAS POR UN LAUDO ARBITRAL.**

“Éste medio exceptivo se edifica sobre la base de que las diferencias relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones derivadas del denominado Programa de Mantenimiento contenido en la oferta

presentada por los Partícipes de la Unión Temporal Devinorte, en específico las derivadas del Mantenimiento Periódico, ya fueron objeto de debate y decisión al interior de un proceso arbitral adelantado entre las mismas Partes y que fue decidido mediante Laudo proferido el 6 de octubre de 2016.

“Pues bien, al interior del proceso arbitral en mención, la Agencia Nacional de Infraestructura formuló las pretensiones que adelante reproduzco y como consecuencia de un Acuerdo Conciliatorio producido en el seno de la causa misma optó por desistirlas manifestando de consuno con las allá Convocantes expresamente las razones fácticas, jurídicas y de prueba por las cuales adoptaba tal decisión.

“Las pretensiones formuladas por la aquí Convocante en reconvencción en el seno del proceso arbitral surtido en el pasado fueron:

*(...) 4.1.13 PRETENSIONES RELATIVAS AL PROGRAMA DE MANTENIMIENTO*  
*4.1.13.1 PRETENSIONES DECLARATIVAS*

*PRIMERA. - Que se declare que el Pliego de Condiciones del Contrato de Concesión 664 de 1994 estableció la obligación de realizar un programa de mantenimiento en el que se especificara semestralmente las tareas de mantenimiento rutinario y preventivo.*

*SEGUNDA. - Que se declare que en el modelo financiero se establecieron mantenimientos periódicos, uno entre los años 2004 a 2005 y otro entre el año 2009 y 2010.*

*TERCERA. - Que se declare que no se efectuó el gasto o inversión correspondiente al Mantenimiento Periódico de los años 2004 - 2005, contrariando el contrato, y obteniendo un beneficio determinado por el costo de oportunidad que representa el hecho de no haber realizado la inversión y gasto requeridos para el mantenimiento en el momento contractualmente exigible.*

*4.1.13.2 PRETENSIONES CONDENATORIAS*

*PRIMERA. - Que como consecuencia de la anterior declaratoria, se ORDENE al Concesionario Devinorte pagar a la Agencia la suma de QUINCE MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS M/C (\$15.485.500.000) de 2011 o lo que resulte probado, debidamente indexado o actualizado hasta la fecha de pago, bajo los términos y condiciones previstas en el Contrato y la Ley (...)*

“En el decurso del proceso, como ya se anunció arriba, las Partes optaron por conciliar algunas de las cuestiones objeto de debate y dentro de ellas precisamente incluyeron las relacionadas con las pretensiones formuladas por la ANI que hemos reproducido en precedencia. Así en el acuerdo celebrado la Agencia desistió las pretensiones relacionadas con el Programa de Mantenimiento dejando expresa constancia de los razonamientos por los cuales adoptaba dicha decisión y estos fueron:

*FUNDAMENTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS DEL DESISTIMIENTO DE ESTA PRETENSIÓN*  
*POR PARTE DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA*

*‘Aspectos fácticos: En el decurso del proceso de negociación del presente Acuerdo Conciliatorio, las Partes llegaron a la conclusión que el programa de Mantenimiento Periódico tiene como único y exclusivo propósito el de mantener la vía de manera que por sus condiciones constructivas y de estado logre exhibir el Índice de Estado exigido por el contrato.*

*‘También constataron las Partes, principalmente la Convocada, que durante todo el período de vigencia del Contrato en su Etapa de Operación, las vías han exhibido un Índice de Estado superior a la calificación de 4.0 exigida por los pliegos y el Contrato.*

*‘Aspectos jurídicos: Siendo entonces la obtención del Índice de Estado una obligación de resultado, es claro que el medio para obtenerlo solo es exigible en la medida que su ejecución sea un requisito ‘sine qua non’ para lograr el fin perseguido; por manera que obtenido éste, resulta inexigible por inconducente el medio estipulado para lograr el propósito final.*

*Pruebas: Informe de ICITY relativo al Índice de Estado durante la vigencia del Contrato de Concesión 0664 de 1994. Este informe comprueba que durante todo el tiempo de duración del Contrato de Concesión, el Índice de Estado exigido a los Partícipes de la Unión Temporal ha sido cumplido (...) <sup>261</sup> [Destacado y negrillas fuera de texto original]*

“Como se desprende de los razonamientos antes atraídos, que fueron la base del desistimiento optado y actuado por la ANI en frente de las pretensiones relativas al Programa de Mantenimiento, la obligación correspondiente a las intervenciones de Mantenimiento Periódico a la vía correspondían en un todo a obligaciones de medio que estaban dirigidas a obtener el cumplimiento de la obligación de resultado consistente en que las vías objeto de concesión exhibieran una condición de Índice de Estado óptima, misma que se obtenía si luego del escrutinio técnico las mismas exhibían una calificación superior a 4.0 que era la considerada en el Contrato de Concesión como suficiente para tal fin.

“Pero además se lee con claridad en los aspectos fácticos tomados en cuenta para el desistimiento que la condición de estar cumpliéndose el Índice de Estado no quedaba huérfana de probanza pues en los mismos razonamientos atinentes a la prueba se dejó expresa constancia de dicha situación al concretar que la medición del Índice de Estado adelantada por la Interventoría Consorcio ICITY, así como por las interventorías anteriores a ésta, daban cuenta de calificaciones superiores a las contempladas en el contrato y por ende la obligación se había cumplido durante todo el íter contractual.

“Así las cosas, la petición actual de la Agencia dirigida a que el Concesionario actúe la colocación de una sobre carpeta asfáltica de refuerzo a todo lo largo del corredor concesionado cuando quiera que éste en su integridad cumple con el Índice de Estado resulta en un todo contraria a lo conciliado por las Partes y desistido expresamente por la ANI en el seno del proceso arbitral; por tanto, como quiera que los efectos del Laudo connotan condición de cosa juzgada no es dable plantear nuevamente pretensiones relacionadas con el Programa de Mantenimiento de las vías concesionadas pues no solo se encuentran en condición de Índice de Estado superior al exigido en el contrato sino que las controversias que giraron en torno de dicho programa ya fueron discutidas y laudadas.

“Empero, si en gracia de discusión se tuviera por acertado el que el indicador técnico de la deflexión no es asunto implícito en el Índice de Estado, por cuanto tiene que ver con la capacidad estructural de la obra, tenemos que a las voces del Contrato de Concesión y de sus Anexos, lo exigido a este respecto (a la terminación del contrato) se patentiza en una vida residual de dos (2) años, lo cual sobradamente cumple el Sistema Vial Concesionado y hoy revertido sin glosas a la Entidad Concedente. Y esta eventual disputa también estaría cobijada por el Acuerdo Conciliatorio de 2015 por los razonamientos que nos adentramos a reproducir:

*‘574. Para que proceda la cosa juzgada es necesario que entre la demanda sobre la cual estatuyó el fallo anterior y la que se propone en el nuevo proceso, exista la triple identidad; a) de res; b) causa petendi (límites objetivos); y c) conditio personarum (límites subjetivos)*

*‘Calamandrei expone: ‘La identificación de los sujetos, trata de establecer quiénes son los litigantes; la del objeto se dirige a determinar sobre qué litigan; la identificación del tercer elemento, que es el título (o causa petendi) se dirige a responder a una tercera pregunta: ¿por qué litigan? Aun no siendo un técnico del procedimiento quien quiera darse cuenta del alcance exacto de un litigio pendiente entre dos personas, no se contenta con saber cuál es el objeto de la disputa (una suma de dinero, una cosa mueble, un trozo de tierra), sino que quiere saber, además, cuál es el derecho que se afirma o se niega sobre aquel objeto y cuál ha sido el punto de disenso que ha hecho surgir la disputa; y también los no juristas se dan cuenta de que una cosa es, por ejemplo, disputar en torno a la propiedad de un terreno y otra contender en torno al derecho de gozar de él a título de arrendamiento’.*

*‘575. EADEM RES. La identidad de la cosa precisa que ella sea jurídica no materialmente la misma, ya que desde el aspecto material ha podido sufrir cambios, sin que se adquiera nueva faz jurídica sobre el eadem res: Cogliolo en el volumen 1° Scritti varií dii diritto privato (páginas 90 y siguientes), dice que para los romanos la locución eadem res no se refería a la identidad del objeto material, sino que tenía el significado que nosotros expresamos con las palabras relación jurídica; la res de qua agitur es la controversia tomada en su complejidad*

---

<sup>261</sup> Nota de pie de página de la contestación de la reforma de la demanda de reconvención: “<sup>3</sup> Acuerdo Conciliatorio celebrado el día 30 de octubre de 2015 entre la Agencia Nacional de Infraestructura ANI y la Unión Temporal DEVINORTE. Páginas 42 y 43.”

y en su totalidad, la *'Que por res se entiende, no el objeto a corpus sino la relación jurídica y el problema de hecho devitado, aparece de todos los textos pertinentes de nuestras instituciones'*.

*'La cosa, pues, la constituye el objeto de la demanda, la relación jurídica sobre la cual versa el derecho que se reconoce judicialmente y no sólo el objeto material. En otros términos, lo que se pide en relación con la cosa o derecho que es materia de la Litis. El criterio adoptado por la doctrina moderna para orientarse en la averiguación sobre la identidad del objeto consiste en investigar si en el nuevo proceso es cuestionado el mismo derecho que se afirmó o negó en el proceso anterior.'*

*'Por tanto, la fuerza de la cosa juzgada se limita al derecho o pretensión sobre el que se ha pedido parte de un derecho o ejercido parte de una pretensión, al resto de ellos. En las hipótesis conflictivas que se suscitan con motivo de la desigualdad de ámbito del objeto de la sentencia anterior con el de la nueva demanda, el problema se resuelve mediante el examen de si en la sentencia posterior se llegaría fatalmente a contradecir el fallo anterior, afirmando un derecho negado o negando un derecho afirmado en aquel. Al respecto observa la Corte: 'Por el aspecto del objeto, consistente en la relación jurídica sobre la cual versa la decisión judicial, el criterio para identificarlo es éste: cuando el derecho ha sido confirmado o negado en un pleito, la identidad de objeto se evidencia si en el nuevo proceso se controvierte el mismo derecho, aun cuando ello se haga para lograr el reconocimiento de una consecuencia que no fue discutida en el primer juicio. Siempre que por razón de la diferencia de magnitud entre el objeto juzgado y el del nuevo pleito se haga oscura la identidad de ambos, ésta se averigua por medio del siguiente análisis: si el juez, al estudiar sobre el objeto de la demanda contradice una decisión anterior, estimando un derecho afirmado por la decisión procedente, se realiza la identidad de objetos. No así, en el caso contrario, o sea, cuando el resultado del análisis de dicho es negativo' (LVI, pág. 216).'*

*'Por ello, cuando el objeto de la demanda nueva es sólo parte de la anterior, o cuando ha sido objeto de la primera una parte del todo que se pretende en la segunda demanda, no puede decirse siempre que en la reclamación del todo no puede pedir una parte de ése o que la parte negada puede o no reclamarse posteriormente, sino que es menester indagar si el nuevo fallo versará sobre puntos dilucidados en el anterior teniendo en cuenta la causa petendi que puede variar la situación, como luego se verá, y los juzgamientos implícitos, como antes se vio.'*

*'576. EADEM CAUSA PETENDI. Demolombe enseña que la causa es el hecho jurídico en que se apoyan la acción (tomada como pretensión) y la excepción, la cual no debe confundirse con los argumentos de hecho o de derecho que puedan ponerse a su servicio, ni con los medios de prueba con los cuales pueda demostrarse.'*

*'A fin de no confundir la causa con las pruebas y argumentos en que se sustenta, dice la Corte: 'Es preciso no confundir la causa petendi que es la que configura la identidad de ésta, con los documentos, argumentos o pruebas en que se apoya aquella, porque si no se hace la distinción que acaba de señalarse, todo proceso judicial podría revivirse invocando nuevos argumentos o presentando nuevas pruebas o complementándolas... Es evidente que pueden existir varios medios para comprobar una causa, pero si el demandante al ejercitar su acción no adujo los medios probatorios adecuados para justificar su acción, no puede luego ejercitar la misma acción, presentando nuevas pruebas, pues si bien es cierto que los medios son distintos, no es la causa, y la ley de lo que habla es de identidad de la causa y no de los medios, sin que contra este rigorismo pueda invocarse la equidad. De ahí que rechazara un segundo pleito de reivindicación entre las mismas partes de otro anterior, sobre el mismo terreno, porque la prueba invocada era la misma escritura que en el primer pleito se presentó mal registrada, y bien registrada en el segundo. La distinción que acaba de hacerse y que es fundamental, queda más de bulto si se considera lo siguiente: una obligación, especialmente si es de dinero, puede extinguirse por varias causas, como pago, compensación, confusión, remisión, etc. Una sentencia que desconozca la extinción por pago, no inhibe o impide a quien propuso esa defensa, volver a incoar nuevo juicio para obtener esa misma declaración, por confusión, por ejemplo, porque entonces no se trata del mismo argumento relacionado con el primer elemento probatorio, sino que la causa petendi ha variado, es diferente' (Nos. 2010 a 2014, 459).'*

*'Haciendo hincapié en que la ausencia de pruebas no permite volver a proponer el litigio, expresa la misma entidad: Enseñan los doctrinantes, Chiovenda entre ellos, que la obligatoriedad de la cosa juzgada se refiere al juez de los procesos futuros; tiende a excluir, no sólo una decisión contraria a la precedente, sino simplemente una nueva decisión sobre lo que ya ha sido juzgado, como consecuencia del principio de la consumación procesal y de la preclusión que tal fallo anterior contiene. La actividad jurisdiccional ha de desarrollarse una sola vez, y sobre los posibles errores del juez predominan las ventajas de la certeza jurídica. Si al litigante que invocando un olvido o distracción o falso concepto acerca de no necesitarse tal o cual prueba cuya falta produjo un fallo que le fue adverso, como razón para impedir que ésta tenga consecuencias legales, como su obligatoriedad, esto es, si le fuese dado arrebatarse por ella la calidad de sentencia definitiva al fallo que negó por esa causa sus pretensiones,*

*desaparecía la cosa juzgada y, abriéndose la posibilidad de renovación indefinida del pleito, desaparecería consiguientemente el amparo con que la ley escuda para siempre a quien no lo ha ganado una vez. El bondo significado jurídico y social de la cosa juzgada, su trascendencia, su fuerza y alcance, unánimemente los consignan las legislaciones y los reconocen los doctrinantes. El tema, por decirlo así, está agotado al punto de haber asumido el carácter axiomático lo tocante al imperio de la cosa juzgada. Ocioso consignar aquí los fundamentos de este principio. Los romanos llegaron a declararla como uno de los fundamentos de la sociedad civil: status rei publicae in rebus judicatis maxime continetur, y proclamaban con vehemencia que hacía de albo nigrum et de nigro album, significando y exaltando así su alcance y poder' (LVI, 307).*

*'577. Coviello expresa acerca de la identidad de la causa: 'Para que exista la identidad de causa: 'Para que exista la identidad de la cuestión y, por ende, la excepción de cosa juzgada, no basta que el objeto de la nueva demanda sea idéntico al de la anterior, sino que es preciso, además, que se pida el mismo objeto por la misma causa. Por esta causa debemos entender el hecho jurídico que sirve de fundamento a la pretensión; de aquí que se distinga netamente de la acción (pretensión), porque de un solo y mismo hecho jurídico pueden derivar varias acciones, como de la compraventa, la actio redhibitoria y la quanti minoris; que se distinga también de los motivos o razones, así de hecho o de derecho, aducidos para justificar la demanda; de los medios de prueba que pueden ser variados respecto al mismo hecho, y finalmente, del objeto práctico, o motivo psicológico que induce a entablar determinado juicio. Poco importa, pues, que la acción que se ejercita sea diversa de la anteriormente acogida o rechazada por la sentencia, que sean diversos los motivos invocados para justificar la nueva demanda, que se invoquen nuevos medios de prueba, o que sea diferente el fin práctico de la demanda; la excepción existe cuando, no obstante tales diferencias, el fundamento jurídico de la pretensión es el mismo.*

*'La Corte sintetiza lo relativo a los hechos así: 'El hecho jurídico es el mismo cuando el nuevo juicio se invoca el mismo hecho específico ya invocado en el anterior, y no cuando, como algunos lo han pretendido, se invoca en el anterior, y no cuando, como algunos lo han pretendido, se invoca un hecho que entra en la misma categoría o género próximo a que pertenece el que antes se hizo valer. Así, no habrá identidad de causa cuando aquel que en un juicio de reivindicación ha sucumbido por no haber demostrado la existencia de la donación como fundamento jurídico de su propiedad, intenta un nuevo juicio con el mismo objeto, si bien alegando una compraventa, un legado, etc. Así también, si en un juicio de nulidad de un contrato por error sucumbe el demandante, podrá demandar de nuevo la nulidad por otro vicio del consentimiento, como violencia o dolo...' (LIX, pág. 438)*

*'Debe anotarse, por último, que en las sentencias declarativas, después de la declaración negativa es posible una declaración positiva, si se invoca una diversa voluntad de ley o un diverso hecho constitutivo, pero no es posible, por el contrario, una declaración negativa, después de una positiva, a menos que haya una causa superveniente. D'Onofrio dice: 'En las acciones de condena, cuando están fundadas en una obligación, se reconoce que cambiado la causa, la acción puede intentarse nuevamente (por ejemplo, sustituyendo al mutuo, la donación); por el contrario, en las acciones reales, algunos sostienen que siendo causa el derecho y la razón del derecho, el juicio puede reproducirse solamente por una eventual causa petendi cuantos son los hechos que pueden servir de base para la sentencia constitutiva' (distintas causales de nulidad, de rescisión). Y, lógicamente, en las acciones declarativas distintas causales de declaración como son las varias de filiación natural previstas por la Ley 45 de 1936, según la ley 75 de 1968.*

*'Por lo expuesto, la nueva demanda puede fundarse en causa igual a la anterior, pero superveniente a ella, por ejemplo, si para reivindicar se invoca una venta de 1960, cuando en el primer litigio se invocó una de 1959. Lo mismo ocurre si el demandado excepciona con base en determinada causa y no logra éxito, y demanda luego con apoyo en igual causa fundada en hechos ocurridos después.*

*'578. EADEM CONDUCTIO PERSONARUM. La cosa juzgada está determinada esencialmente por la necesidad de poner término a un litigio; más dicha necesidad se refiere sólo a las partes y no a terceros, por lo cual existe la máxima res inter alios judicata allis non nocet nec pordest. Las sentencias civiles tienen fuerza de verdad, pero sólo relativamente a las partes (C.C., Art. 17); por lo cual, para que nazca de excepción de res judicata, no basta la identidad de la cuestión, sino que es necesaria la de las personas y calidad con que proceden en ambos procesos.*

*'La ley no exige identidad física sino jurídica de las personas, pues puede existir una y otra como sucede cuando un individuo se presenta con diversa calidad legal en dos procesos sucesivos y viceversa. La Corte ha dicho: 'Por lo expuesto salta a la vista que existe identidad jurídica entre las partes, que es una de las condiciones esenciales que establece el artículo 474 del Código Judicial (hoy 332). Es cierto que en este juicio están invertidos los*



*papeles y que G. es demandante y T. demandado, pero no como observan los tratadistas, entre ellos Ricci, esa inversión no desvirtúa la identidad jurídica entre las partes cuando se debate la misma cuestión y se aduce la misma prueba. El expositor que acaba de citarse se expresa así: no puede rechazarse la cosa juzgada 'porque en el primer juicio el actor resulte ser hoy el demandado y viceversa, toda vez que la distinta posición judicial de actor y demandado no implica nada para que la personalidad jurídica les sea la misma, siendo además la misma cuestión y también el fundamento o causa en que la cuestión se apoye' (Tratado de Pruebas, tomo II, pág. 483, N° 676)' (Nos. 2010 a 2014, pág. 548).*

*'Se entiende, dice el Código, que hay una identidad jurídica de partes, siempre que las del segundo proceso sean sucesoras por causa de muerte que las que figuran en el primero, o causa habientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda, si se trata de inmuebles o muebles sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos.*

*'Los continuadores de las personas son herederos o sucesores a título universal y causahabientes a título particular. El Heredero representa al causante en todos sus derechos y obligaciones transmisibles, y es causahabiente a título universal (C.C., Art. 1155).*

*'Los causahabientes a título particular o singular a su turno se dividen en dos clases:*

*'a) Los causahabientes con título posterior a la sentencia, como el adquirente de la cosa materia del litigio, sea por adquisición onerosa como venta, permuta, aporte; o gratuita, como donación y legado. Estos han sido sin duda representados en el proceso por su causante, o sea que han adquirido la cosa de éste en el estado jurídico en que se encuentra por razón de la sentencia irrevocable dictada antes de su adquisición, que favorezca al causante. La corte dice: En este punto importa aclarar que la identificación jurídica que hace la ley entre las partes en un juicio y sus causahabientes singulares, condicionada a que el título adquisitivo de estos sea posterior al registro o la notificación de la demanda, según el caso, sólo tiene el alcance de extender la eficacia de la cosa juzgada, en toda su plenitud a dichos causahabientes quienes así sufren o aprovechan todas las consecuencias derivadas del fallo. Pero ello no significa que los causahabientes de tal clase con título anterior a esas condiciones legales no pueden reportar provecho, si se quiere indirecto, de la cosa juzgada que posteriormente favorezca a su autor... En el mismo orden de ideas: si bien la cosa juzgada es inoponible al causahabiente singular, cuyo título de adquisición sea anterior a la iniciación del litigio, por lo cual aquel ha debido ser citado al debate sobre tal derecho, es igualmente cierto que el fallo favorable al causante y relativo a su propio título sobre el mismo derecho sí aprovecha a ese causahabiente. Por ejemplo, la sentencia que declara válida o irresoluble la compra hecha por el causante, o la que niega frente a este el pretendido derecho hereditario de un tercero, sí aprovecha a los causahabientes de ese antecesor que ha participado en el juicio. Ni contra éste ni contra aquel puede el mismo adversario revivir el litigio por la misma causa y sobre el mismo objeto' (CXXXII, pág. 103).*

*'b) Los causahabientes con título posterior a la iniciación del proceso, pero anterior a la sentencia, como el cesionario de derecho litigioso y el cesionario y el subrogatario de créditos que se hacen valer en proceso ejecutivo, así como el que adquiere la cosa embargada, previo permiso del juez o del acreedor (C.C., Art. 1521, numeral 3°) Actualmente, también, el que adquiere la cosa litigiosa después del registro de la demanda o la recibe en garantía real, pues la enajenación puede registrarse (Art. 690). A este respecto lo que ocurre es que si el demandante obtiene éxito, la sentencia decreta, como se ha visto, la cancelación de las enajenaciones, desmembraciones y gravámenes posteriores a la inscripción de la demanda, o sea que según la ley, precisamente por ser causahabientes y acreedores reales según la ley, precisamente por ser causahabientes con posterioridad a dicho registro.'*

“La excepción que aquí se formula va dirigida a que Sus Señorías al adelantar el estudio del contenido del Laudo de fecha 6 de octubre de 2016, que puso fin al proceso adelantado en el pasado entre la Convocante en Reconvencción y los Integrantes de la Unión Temporal Concesionaria, constaten como la controversia planteada en relación con el cumplimiento de las obligaciones derivadas del denominado Programa de Mantenimiento ya fue desatada y, por tanto, por los efectos de cosa juzgada que reporta el Laudo arbitral debidamente ejecutoriado en el que se acogió el desistimiento actuado por la ANI, incluido dentro de un Acuerdo Conciliatorio celebrado también al interior del proceso arbitral no es posible revivir el debate ya surtido sobre la misma causa.

“Todo lo anterior cobra apoyatura en el contenido del artículo 303 del Código General del Proceso que regula la institución así: ‘Cosa juzgada. La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza

*de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes (...)*

“Recuérdese que para que se configuren los efectos de la cosa juzgada deben concurrir los elementos a que aduce el Profesor Hernando Morales Molina atrás transcritos y cabalmente constatados en el caso que nos ocupa.

**“V.2.- IMPROCEDENCIA DE LA SOLICITUD DE COLOCAR UNA CARPETA ASFÁLTICA DE REFUERZO A TODO LO LARGO DE LA VÍA CONCESIONADA Y/O DE HACER CUALQUIER RECONOCIMIENTO ECONÓMICO EN SUSTITUCIÓN DE LA COLOCACIÓN DE LA MISMA.**

“Hacemos consistir esta excepción en el hecho de que no es posible exigir y menos obligar a los Partícipes de la Unión Temporal Concesionaria a actuar ninguna clase de intervenciones sobre el corredor que fue objeto de Concesión en virtud del Contrato 0664 de 1994 toda vez que el mismo ya fue objeto de reversión a la ANI y fue entregado a otro Concesionario, que es quien en la actualidad opera y mantiene las vías en cuestión.

“En efecto la reversión del corredor ocurrió el pasado 30 de noviembre de 2017 y así se hizo constar en el acta que para el efecto levantaron la ANI y la Unión Temporal Devinorte que dieron en denominar ACTA DE REVERSIÓN Y ENTREGA DE LA INFRAESTRUCTURA VIAL Y LOS BIENES DESTINADOS AL CONTRATO DE CONCESIÓN NO. 664 DE 1994 DE LA UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL PARA EL NORTE DE BOGOTÁ – DEVINORTE A LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA–ANI Y DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA–ANI A ACCESOS NORTE DE BOGOTÁ S.A.S.- ACCENORTE EN VIRTUD DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 001 DE 2017.

“Así, dado que las vías que otrora fueron objeto de Mantenimiento y Operación por parte de las Convocadas en Reconvención ya no se encuentran bajo su custodia, se torna imposible de toda imposibilidad que éstas actúen intervención alguna sobre las vías en cuestión. Agréguese a lo antes dicho que el Contrato 0664 de 1994 actualmente se encuentra en Etapa de Liquidación y por tanto el ciclo negocial se extinguirá con ocasión del surtimiento de dicha etapa contractual.

“Ahora bien, en cuanto hace a la petición de la ANI dirigida a que, como consecuencia de la terminación del plazo contractual y a la imposibilidad de que por dicha causa sean intervenidas las vías, se obligue a los Partícipes de la Unión Temporal a reconocer y pagar en sustitución de la intervención el valor que montarían las obras correspondientes a la colocación de una capa asfáltica de refuerzo a todo lo largo de las vías que fueron objeto de concesión, debe decirse que tampoco es procedente por razón de que dichas obras estarían comprendidas dentro del denominado Programa de Mantenimiento – Mantenimiento Periódico- que, como ya se dijo y explicó en apartes precedentes, hizo parte de las renunciaciones que la ANI actuó al interior del proceso arbitral que se surtió en el pasado por razón de que tales intervenciones, las de recapeo, serían útiles, necesarias y exigibles en tanto las mismas estuvieren dirigidas a obtener el cumplimiento del Índice Estado que, como ya también se dijo y explicó, es la obligación de resultado exigible a la luz del Contrato de Concesión. Dicho en palabras simples no es posible pedir y menos exigir a los Partícipes de la Unión Temporal Devinorte que entreguen dineros a la ANI como compensación de obras que no les eran exigibles en tanto y por cuanto el corredor concesionado, que ya fue objeto de reversión, cumplía y cumple con el Índice de Estado que en últimas era la obligación que debía cumplirse en ejecución del denominado Programa de Mantenimiento.”

Atrás se señaló, al analizar las pretensiones de la demanda arbitral sobre el mismo tema, cuál fueron además los fundamentos expuestos por la Parte Convocante y Convocada en Reconvención en su alegato de conclusión.

### 1.3. El concepto de la Agente del Ministerio Público

Igualmente, sobre este tema, el Tribunal se remite al Concepto expuesto por la Señora Agente del Ministerio Público al analizar las pretensiones de la demanda arbitral.

### 1.4. Consideraciones del Tribunal

Tal y como atrás se advirtió en este Laudo al analizar y resolver la Pretensión Primera de la demanda arbitral, en la medida en que tal pretensión tiene su espejo en las pretensiones antagónicas u opuestas primera, segunda, tercera y cuarta principales de la demanda de reconvencción reformada objeto de análisis, el estudio o motivación que ya se hizo sobre la primera pretensión declarativa de la demanda arbitral sirve igualmente para analizar las pretensiones primera, tercera y cuarta principales de la demanda de reconvencción reformada, por lo que a dicho análisis y motivación se remite el Tribunal para resolver éstas.

Ahora, con fundamento en dicha motivación o análisis, habiendo prosperado la pretensión primera principal de la demanda arbitral, con esa misma motivación o análisis a la cual se remite el Tribunal, deberán negarse las pretensiones espejo, antagónicas u opuestas de la demanda de reconvencción, esto es, las pretensiones primera principal, tercera principal y cuarta principal, como así se declarará en la parte resolutive.

## 2. Análisis de la Pretensión Subsidiaria de la Cuarta Principal

**“PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA CUARTA PRINCIPAL.** En caso de no ser viable o procedente la pretensión anterior por cuanto el contrato de concesión 0664 de 1994, ya terminó en su plazo de ejecución y/o de operación el pasado 30 de noviembre de 2017, o por cualquier otra causa, se condene a la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO VIAL DEL NORTE DE BOGOTÁ - DEVINORTE** y todos sus integrantes, a pagar en dinero y a favor de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**, el valor equivalente de dicha obligación, por la suma de VEINTIDOS MIL DOSCIENTOS CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y DOS MIL SETECIENTOS SESENTA Y UN PESOS MCTE (\$22.204.462.761), pesos de agosto de 2017, a la ejecutoria del laudo.”

### 2.1. Los hechos y los fundamentos de la pretensión

No hay de manera puntual una relación de hechos y una exposición de los fundamentos que le sirvan de causa y explicación, respectivamente, a esta pretensión. Sin embargo, el Tribunal señala que para su estudio es pertinente tener en cuenta los hechos y los fundamentos expuestos y atrás transcritos para fundamentar las pretensiones primera, tercera y cuarta principales de la demanda de reconvencción y los análisis hechos por esta Parte en su alegato de conclusión.

### 2.2. La oposición a la pretensión

También, en este caso, el Tribunal señala que para su estudio tiene en cuenta la oposición y las excepciones expuestos y atrás transcritos formulados por la Parte Convocante y Convocada en Reconvencción con motivo de la oposición a las pretensiones primera, tercera y cuarta principales de la demanda de reconvencción y los análisis hechos por esta Parte en su alegato de conclusión.

### 2.3. El concepto de la Señora Agente del Ministerio Público

En igual sentido, el Tribunal tiene en cuenta para el análisis de esta pretensión, el Concepto emitido por la Señora Agente del Ministerio Público al referirse a las citadas pretensiones por tratarse de un tema íntimamente relacionado con ellas.

### 2.4. Las Consideraciones del Tribunal

Negadas las pretensiones espejo, antagónicas u opuestas a la pretensión primera de la demanda arbitral, esto es las pretensiones primera principal, tercera principal y cuarta principal de la demanda de reconvención, como así se declarará en la parte resolutive, procede entonces, estudiar esta pretensión subsidiaria de la cuarta principal.

Tal y como ya lo señaló el Tribunal en esta providencia, en ningún Modelo Financiero del Contrato de Concesión ni en el Modelo Financiero del Laudo proferido por el Tribunal Arbitral el 6 de octubre de 2016, se previó, por separado y de manera adicional, provisiones financieras para atender la colocación de sobrecarpetas asfálticas, entre ellas la de los años 2009 – 2010, que de no haberse ejecutado, conllevarían un beneficio equivalente a la suma reclamada de **VEINTIDOS MIL DOSCIENTOS CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y DOS MIL SETECIENTOS SESENTA Y UN PESOS MCTE (\$22.204.462.761)**, pesos de agosto de 2017.

Por ello, tales hipotéticas provisiones no se ven reflejadas en las inversiones o gastos por ejecutar del CAPEX de tales modelos financieros ni en el Modelo Financiero que obra como parte del Laudo Arbitral proferido por el Tribunal anterior el 6 de octubre de 2016 y que de no haberse hecho, permitan inferir que tales recursos están disponibles en el Fidecomiso del proyecto y, por lo tanto, terminado el Contrato de Concesión el 30 de noviembre de 2017, deban ser transferidas a la ANI.

No existiendo tales recursos, por las consideraciones expuestas, el Tribunal también negará esta pretensión subsidiaria.

## 3. Análisis de la Pretensión Declarativa Segunda Principal

**“SEGUNDA PRINCIPAL.** Se declare que de conformidad con modelo financiero del laudo arbitral de 6 de octubre de 2016, la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO VIAL DEL NORTE DE BOGOTÁ – DEVINORTE** y todos sus integrantes, contaban con las provisiones financieras pertinentes para atender la obligación de mantenimiento periódico.”

### 3.1. Los hechos y los fundamentos de la pretensión

No hay de manera puntual una relación de hechos y una exposición de los fundamentos que le sirvan de causa y explicación, respectivamente, a esta esta pretensión. Sin embargo, el Tribunal señala que para su estudio es pertinente tener en cuenta los hechos y los fundamentos expuestos y atrás transcritos para fundamentar las pretensiones primera, tercera y cuarta de la demanda de reconvención y los análisis hechos por esta Parte en su alegato de conclusión.

### **3.2. La oposición a la pretensión**

También, en este caso, el Tribunal señala que para su estudio tiene en cuenta la oposición y las excepciones expuestos y atrás transcritos formulados por la Parte Convocante y Convocada en Reconvencción con motivo de la oposición a las pretensiones primera, tercera y cuarta de la demanda de reconvencción y los análisis hechos por esta Parte en su alegato de conclusión.

### **3.3. El concepto de la Señora Agente del Ministerio Público**

En igual sentido, el Tribunal tiene en cuenta para el análisis e esta pretensión, el Concepto emitido por la Señora Agente del Ministerio Público al referirse a las citadas pretensiones por tratarse de un tema íntimamente relacionado con ellas.

### **3.4. Las Consideraciones del Tribunal**

Tal y como se señaló al analizar la pretensión primera principal de la demanda arbitral, con base en el examen del expediente en el que consta el proceso arbitral anterior, traído como prueba trasladada a este proceso arbitral, este Tribunal concluye que el Mantenimiento Periódico en general y el tema relacionado con el gasto o inversión correspondiente al mantenimiento periódico en particular desde el inicio de la Etapa de Operación hasta la terminación del Contrato de Concesión No. 0664 de 1994 -que ocurrió el 30 de noviembre de 2017-, fue objeto o materia de análisis del proceso arbitral anterior en el que se celebró entre las Partes el Acuerdo Conciliatorio del 30 de octubre de 2015 -que fue aprobado por el Tribunal mediante decisión judicial calendada el 24 de noviembre de 2015- y que culminó con el Laudo Arbitral proferido el 6 de octubre de 2016, porque de acuerdo con la ejecución de dicho Contrato de Concesión, tal y como se demostró en los peritajes técnico, financiero y contable que fueron allí decretados y también trasladados como prueba a este proceso arbitral, sí se previó y se ejecutó, tanto el mantenimiento rutinario como el mantenimiento periódico, en los términos de los pliegos de la Licitación, de la oferta presentada, del Contrato de Concesión celebrado, del Reglamento para la Operación de las Carreteras Concesionadas, de las Normas de Mantenimiento de Carreteras Concesionadas y del Índice de Estado exigido.

Fue por ello que se incluyó y se ven reflejados en el CAPEX de los Modelos Financieros concebidos o contruidos de común acuerdo entre las Partes a partir de 2004 y obviamente en el Modelo Financiero que obra como parte del Laudo Arbitral proferido por el Tribunal anterior el 6 de octubre de 2016 y que fue suficientemente explicado por éste, en el cual, como atrás se vio, está incluido en el CAPEX el gasto o inversión correspondiente al mantenimiento periódico desde el inicio de la Etapa de Operación hasta la terminación del Contrato de Concesión No. 0664 de 1994, sin que en tales Modelos Financieros se hubiere previsto de manera adicional una estimación específica para colocar sobrecarpetas en la capa de rodadura de las vías objeto de la concesión.

Tal y como atrás ya se analizó, lo que sucede es que técnicamente no se puede confundir la obligación de Mantenimiento Periódico que debió ejecutarse como se hizo, durante toda la Etapa de Operación y hasta la terminación del Contrato que ocurrió el 30 de noviembre de 2017, con la posibilidad de colocar, de ser necesaria, conforme al Programa de Mantenimiento de la Vía propuesto por el Concesionario, sendas carpetas de rodadura que fueron contempladas en la oferta presentada por el Concesionario para los años 2004 a 2005 y para los años 2009 a 2010 que, aunque guardan relación con la obligación y el citado Programa de Mantenimiento Periódico, no son igual a ésta y éste y solo debían ejecutarse de ser necesario para cumplir con la obligación principal contenida en el Contrato y en el Reglamento para la Operación de las Carreteras Concesionadas, numeral “9. Condiciones para el pavimento”, en la cual se previó que el Concesionario debía realizar los trabajos de conservación, reparación y reconstrucción, necesarios para cumplir con las Normas

de Mantenimiento de Carreteras Concesionadas y un Índice de Estado de cuatro (4), sin perjuicio de cumplir con las “Normas de Mantenimiento para Carreteras Concesionadas”, contenidas en el Anexo 2 del Contrato de Concesión en el cual se establecieron las relacionadas con la “Reparación de pavimento” (Numeral 5) y el “Sellado de Grietas en Pavimentos”.

Tal y como ya se señaló en esta misma providencia, si se hubiera previsto en el Modelo Financiero del Laudo proferido por el Tribunal Arbitral el 6 de octubre de 2016, por separado y de manera adicional, provisiones financieras para atender la colocación de sobrecarpets asfálticas, entre ellas la de los años 2009 – 2010, de la magnitud que señala la Parte Convocada y Convocante en Reconvención, esto es, **VEINTIDOS MIL DOSCIENTOS CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y DOS MIL SETECIENTOS SESENTA Y UN PESOS MCTE (\$22.204.462.761)**, pesos de agosto de 2017, tales provisiones necesariamente se reflejarían en los gastos e inversiones del CAPEX con un impacto significativo en el Modelo Financiero de tal manera que el citado Tribunal las habría tenido en cuenta y con seguridad, se habría cambiado la fecha que, sin las citadas provisiones, se calculó para el 30 de noviembre de 2017 para alcanzar la rentabilidad pactada o TIR del 10.93% y, por lo tanto, se hubiera extendido, consecuentemente, el plazo de la Etapa de Operación y en general el plazo final de ejecución del citado Contrato de Concesión.

Por las consideraciones expuestas, el Tribunal accederá a la pretensión segunda de la demanda reformada de reconvención y en tal virtud declarará que de conformidad con el Modelo Financiero del Laudo arbitral de 6 de octubre de 2016, el Contrato de Concesión No. 0664 de 1994, celebrado con la Unión Temporal para el Desarrollo Vial del Norte de Bogotá – DEVINORTE, contaba con las provisiones financieras pertinentes para atender la obligación de mantenimiento periódico, bajo el entendido de que en dicho Modelo Financiero no se previó, por separado y de manera adicional, provisiones financieras para atender la colocación de sobrecarpets asfálticas, entre ellas una, en los años 2009 - 2010.

#### 4. Análisis de la Pretensión Declarativa Quinta Principal

**“QUINTA PRINCIPAL.** Como consecuencia de lo resuelto en el laudo arbitral de fecha seis (6) de octubre de 2016 en el cual se resolvió declarar:

*‘21. Declarar que el concesionario ha percibido ingresos derivados de la venta de publicidad utilizando los activos concesionados desde el año 2004, sin que los mismos hayan sido tenidos en cuenta o incluidos en el modelo financiero de la concesión actualmente vigente.*

*‘22. Declarar que esos ingresos afectan de manera positiva la rentabilidad del proyecto y deben ser tenidos en cuenta para efectos de calcular la fecha en la cual se alcanzará la rentabilidad pactada o TIR del 10.93%.*

*‘23. Declarar que la actualización del modelo financiero vigente para el contrato de concesión 0664 de 1994 impone la necesidad de incluir los ingresos derivados de la venta de publicidad, para rectificar la subestimación del ingreso total del concesionario.*

*‘24. Declarar que esos ingresos por publicidad no incluidos en el modelo financiero, derivan en la subestimación de la rentabilidad del proyecto, causándose con ello un desequilibrio económico en el contrato contra la entidad concedente contratante.*

*‘25. Declarar en consecuencia que, según lo señalado en el documento contractual del 6 de agosto de 1998, el plazo de la etapa de operación y en general del contrato de concesión No. 0664 de 1994 debe ser ajustado conforme a la actualización del modelo financiero del contrato, hasta mantener la TIR*

*pactada del 10.93%, incluyendo para ello los ingresos percibidos por el concesionario por concepto de publicidad.’*

“Se declare que la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO VIAL DEL NORTE DE BOGOTÁ - DEVINORTE** y todos sus integrantes, deben devolver y/o pagar a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**, el valor que obtuvo por concepto de ingresos de venta de publicidad en la vía en los sitios de recolección de peaje (Los Andes, Fusca y Teletón), **en la suma de OCHO MIL QUINIENTOS SETENTA Y UN MILLONES DIECINUEVE MIL SESENTA Y NUEVE PESOS CON SETENTA Y CINCO CENTAVOS (\$8.571.019.069,75), en el periodo comprendido entre el primero (1) de julio de 2015 y el treinta (30) de noviembre de 2017.**”

#### **4.1. Los hechos que sirven de causa a las citadas pretensiones y los fundamentos expuestos por la Parte Convocante en Reconvención**

La Parte Convocante en reconvención expuso los siguientes hechos que sirven de causa a las citadas pretensiones y además sus los fundamentos:

“**Veinticinco.** Como se dijo en hechos anteriores, el día veintiocho (28) de junio de 2013, las entonces sociedades integrantes de la Unión Temporal DEVINORTE, interpusieron ante el centro de arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, una demanda arbitral en contra de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, a fin de que se dirimieran varias controversias originadas entre las partes como consecuencia de la ejecución del contrato de concesión No. 0664 de 1994, celebrado el 24 de noviembre de 1994, proceso en el que la ANI interpuso demanda de reconvención contra el concesionario, poniendo de presente entre otras, la controversia sobre los ingresos que por venta de publicidad en los bienes concesionados había obtenido el concesionario, pero que no habían sido incluidos en el modelo financiero del contrato.

Dijo textualmente el laudo proferido el seis (6) de octubre de 2016, frente a la pretensión formulada por la ANI en la demanda de reconvención:

*‘6.5. PRETENSIONES ASOCIADAS A LA ACTUALIZACIÓN DEL MODELO FINANCIERO POR LA REALIZACIÓN DE INGRESOS POR VENTA DE PUBLICIDAD NO CONSIDERADOS EN LA MODELACIÓN.*

*‘En este grupo de solicitudes de la demanda de reconvención, la Agencia Nacional de Infraestructura, solicita que el Tribunal declare lo siguiente:*

*‘Que se declare que el Concesionario ha percibido ingresos derivados de la venta de publicidad utilizando los activos concesionados desde el año 2004, sin que los mismos hayan sido tenidos en cuenta o incluidos en el modelo financiero de la concesión actualmente vigente.*

*‘Que se declare que estos ingresos afectan de manera positiva la rentabilidad del Proyecto y deben ser tenidos en cuenta para efectos de calcular la fecha en la cual se alcanzará la rentabilidad pactada o TIR del 10.93%.*

*‘Que se declare que la actualización del modelo financiero vigente para el Contrato de Concesión No. 664 de 1994 impone la necesidad de incluir los ingresos derivados de la venta de publicidad, para rectificar la subestimación del ingreso total del concesionario.*

*‘Que se declare que las situaciones referidas en las pretensiones declarativas precedentes, derivan en que la subestimación de la rentabilidad del Proyecto, causándose con ello un desequilibrio económico en el contrato contra la entidad concedente contratante.*

*‘Que se declare en consecuencia, que según lo señalado en el documento contractual del 6 de agosto de 1998, el plazo de la Etapa de Operación y del Contrato de Concesión No. 664 de 1994 debe ser ajustado conforme a la actualización del Modelo Financiero del Contrato, reduciéndose hasta mantener la TIR pactada del 10.93%,*

*o en su defecto y a manera de compensación, pagando el valor equivalente al desequilibrio económico originado en el error a corregir mediante la actualización del modelo financiero.*

(...)

#### ***‘Consideraciones del Tribunal.***

*Para resolver este grupo de solicitudes el Tribunal considera suficiente remitirse a los acuerdos contenidos en la conciliación parcial surtida durante el curso de este proceso, en la cual específicamente los contratantes convinieron, en el numeral 1.3 de la cláusula segunda, lo siguiente:*

*‘1.3. Imputar como partida de ingreso en el modelo financiero de la Concesionaria la absoluta totalidad de los dineros recibidos por la explotación publicitaria de la vía en los sitios de recolección de peaje (Los Andes, Fusca y Teletón) y los que se perciban por este concepto hasta la terminación del Contrato de Concesión 664 de 1994, cifra que será certificada por la Fiduciaria que Administra el patrimonio autónomo Devinorte, respecto de lo percibido y de lo que en adelante se perciba.’*

*‘No existe entonces controversia entre las partes en relación con el hecho de que el concesionario ha percibido ingresos derivados de publicidad utilizando los activos concesionados, y por ende al contrario de lo ocurrido en relación con varias pretensiones de la demanda de reconvención, el Tribunal encuentra que existe por parte de los únicos sujetos facultados para ello, un acuerdo que modifica el modelo financiero, incluyendo en él una nueva variable consistente en los ingresos provenientes de la publicidad.*

(...)

#### ***‘7. CONCLUSIONES – ACTUALIZACIÓN DEL MODELO FINANCIERO***

*‘Como resultado de las consideraciones jurídicas que anteceden, le corresponde al Tribunal definir los parámetros para la actualización del Modelo Financiero que a su vez permita mediante su utilización restablecer el equilibrio económico del Contrato mediante la ampliación del plazo de la Etapa de Operación según lo previsto en la Cláusula Trigésima Sexta del Contrato de Concesión y con él la determinación del plazo final de la Concesión. Para ese efecto, la herramienta a utilizar será sin duda el modelo financiero, interpretado en los términos en que ha quedado expuesto en esta providencia. Así, se incluirán en él aquellos conceptos cuyo análisis arrojó como conclusión que debían ser incorporados, y se dejarán por fuera del mismo aquellos que se consideró no debían formar parte. Efectuada esa operación, el modelo debe arrojar la fecha en que el Concesionario obtenga la Tasa Interna de Retorno pactada y será ésta la que determine el plazo de la Etapa de Operación y, consecuentemente, el plazo final de la Concesión, a partir del día siguiente al 30 de noviembre de 2016.*

*Para mayor claridad, a continuación se, enuncian los conceptos que se incluirán en el modelo financiero:*

- *Los ingresos por publicidad en los peajes*
- *El capex*

(...)

*‘Este procedimiento arroja como resultado, que la TIR del 10.93% se obtiene en alguna fecha comprendida entre el 31 de octubre de 2017, mes en el cual se alcanza una TIR real anual antes de impuestos de 10.91%, y el 30 de noviembre de ese año, fecha en la cual se alcanza una TIR de 10.94%. Es importante resaltar que el modelo, tal y como está formulado, no permite establecer la fecha exacta en la cual se alcanza la TIR, pues sus resultados son mensuales y no diarios.*

*‘En los anteriores términos, para el Tribunal, la Etapa de Operación deberá extenderse hasta el 30 de noviembre de 2017, y así se consignará en la parte resolutive del Laudo.’*

(...)

#### ***‘III. DECISIÓN***

(...)



*'21. Declarar que el Concesionario ha percibido ingresos derivados de la venta de publicidad utilizando los activos concesionados desde el año 2004, sin que los mismos hayan sido tenidos en cuenta o incluidos en el modelo financiero de la concesión actualmente vigente.*

*'22. Declarar que esos ingresos afectan de manera positiva la rentabilidad del Proyecto y deben ser tenidos en cuenta para efectos de calcular la fecha en la cual se alcanzará la rentabilidad pactada o TIR del 10.93%.*

*'23. Declarar que la actualización del modelo financiero vigente para el Contrato de Concesión No. 0664 de 1994 impone la necesidad de incluir los ingresos derivados de la venta de publicidad, para rectificar la subestimación del ingreso total del concesionario.*

*'24. Declarar que esos ingresos por publicidad no incluidos en el modelo financiero, derivan en la subestimación de la rentabilidad del Proyecto, causándose con ello un desequilibrio económico en el contrato contra la entidad concedente contratante.*

*'25. Declarar en consecuencia que, según lo señalado en el documento contractual del 6 de agosto de 1998, el plazo de la Etapa de Operación y en general del Contrato de Concesión No. 664 de 1994 debe ser ajustado conforme a la actualización del Modelo Financiero del Contrato, hasta mantener la TIR pactada del 10.93%.*

**“Veintiséis.** Conforme al modelo financiero elaborado por el Tribunal Arbitral anterior, que sirvió de fundamento al ludo de seis (6) de octubre de 2016, es claro que sólo se incluyeron en el modelo financiero del contrato el valor de los ingresos que por publicidad había recibido el concesionario **desde el año 2004 hasta el treinta (30) de junio de 2015.** Sin embargo el concesionario continuó percibiendo dichos ingresos en el periodo comprendido entre el primero (1) de julio de 2015 y el treinta (30) de noviembre de 2017 – fecha de terminación de la etapa de operación o finalización de la concesión. En el laudo se incluye la respuesta del perito financiero en los siguientes términos: *‘De la hoja de cálculo denominada ‘P1 Publicidad’ que fue incluida en respuesta a la Pregunta No. 1, relacionada con los Ingresos de la Venta de Publicidad, se extrae la información relativa a los ingresos mensuales por la venta de publicidad a partir de 2004, según la información proporcionada en el archivo ‘Anexo No.4’ del Dictamen Contable.’* (Prueba 11. Modelo financiero del laudo arbitral).

**“Veintisiete.** El concesionario debe pagar y/o devolver tales recursos percibidos entre el primero (1) de julio de 2015 y el treinta (30) de noviembre de 2017, como quiera que ya obtuvo la remuneración pactada contractualmente - TIR del 10.93% - por la ejecución del proyecto, y por ende, a partir de la fecha de terminación del contrato de concesión No. 0664 de 1994, esto es, el 30 de noviembre de 2017, conforme con lo ordenado en el laudo arbitral anterior, no tiene título ni causa jurídica que legitime su tenencia ni su apropiación, de manera que esos dineros como provienen de la explotación de bienes del Estado, deben ser reintegrados a la ANI.

**“Veintiocho.** En ese sentido, la Fiduciaria Bancolombia, remitió el 29 de agosto de 2017 el listado de ingresos por concepto de publicidad del proyecto, entre julio de 2015 y marzo de 2017 por un valor total de \$3.355.369.289.22. (Prueba 12. Comunicación de la fiduciaria de 29 de agosto de 2017).

**“Veintinueve.** Mediante radicado ANI No. 2018-409-021084-2 del 1º de marzo de 2018, la Fiduciaria Bancolombia remitió el detalle de los ingresos registrados en la contabilidad del fideicomiso por publicidad y otros ingresos, durante el periodo comprendido entre 1º de abril de 2017 y el 30 de noviembre de 2017, por un valor de \$822.694.990,00 que corresponden al neto de los ingresos de publicidad y otros ingresos registrados en la cuenta contable No. 742959509 del fideicomiso. (Prueba 13. Comunicación de la fiduciaria con radicado ANI No. 2018-409-021084-2 del 1º de marzo de 2018).

**“Treinta.** Por lo anterior, y teniendo en cuenta que los recursos percibidos por el concesionario por concepto de publicidad en el periodo del 1º de julio de 2015 hasta el 30 de noviembre de 2017, fecha de finalización del contrato de concesión, y que se encuentran en la cuenta contable No. 742959509 del fideicomiso, no fueron incluidos en el modelo financiero porque ya se alcanzaba la rentabilidad pactada o TIR del 10.93%; estos recursos deben ser entregados a la Agencia Nacional de Infraestructura por provenir de la explotación de bienes del Estado y para garantizar la justa equivalencia de las prestaciones en el marco del contrato de concesión.”

La Agencia Nacional de Infraestructura ANI, por conducto de su Apoderado, presentó los siguientes fundamentos de derecho, que junto con lo expuesto en el capítulo de hechos, a su juicio, sustentan las citadas pretensiones:

**“5.2. El concesionario debe devolver a la ANI el valor obtenido por concepto de ingresos de publicidad en el periodo comprendido entre el primero (1) de julio de 2015 y el treinta (30) de noviembre de 2017, toda vez que habiendo alcanzado la TIR pactada, no le asiste derecho alguno para apropiarse de estos dineros que provienen de la explotación de bienes del Estado.**

“Como se dijo en el capítulo de hechos, en el trámite arbitral anterior se actualizó el modelo financiero del contrato de concesión No. 0664 de 1994, mediante la inclusión y/o el reconocimiento de variables adicionales, que garantizaron al concesionario la obtención de la TIR pactada, al 30 de noviembre de 2017 – fecha de terminación de la concesión conforme al citado laudo - siendo uno de esos elementos, los ingresos obtenidos por el concesionario por la venta de publicidad en los bienes concesionados desde el año 2004, los cuales no habían sido incluidos en el modelo financiero.

“Es por lo anterior, que en el citado modelo financiero que sustentó el laudo de seis (6) de octubre de 2016, se incluyeron esos valores obtenidos por el concesionario pero solo hasta el 30 de junio de 2015, porque estos ingresos junto con las otras variables que se incluyeron en el modelo, permitieron que el concesionario obtuviera la TIR pactada.

“Sin embargo el concesionario siguió obteniendo recursos provenientes de dicha actividad publicitaria en los bienes concesionados, entre el primero (1) de julio de 2015 y el 30 de noviembre de 2017, tal y como lo certifica la fiduciaria Bancolombia, de manera que al haberse logrado la obtención de la TIR pactada por parte del concesionario, éste no tiene derecho alguno para apropiarse de dichos recursos y por tanto debe devolverlos a la ANI. En otras palabras, el concesionario ya obtuvo toda la remuneración pactada contractualmente por la ejecución del proyecto y por tanto no puede enriquecerse indebidamente mediante la apropiación de estas sumas de dinero de alrededor de cuatro mil millones de pesos, pues la causa que lo legitimaba ya desapareció y por tanto dichos recursos deben ser pagados y/o devueltos al Estado, porque provienen precisamente de la explotación comercial de bienes públicos, so pena de la configuración de un claro detrimento patrimonial.”

Así mismo, en el alegato de conclusión la ANI señaló que quedó probado con el modelo financiero elaborado por el Tribunal Arbitral anterior, que sirvió de fundamento al Laudo de seis (6) de octubre de 2016, que sólo se incluyó el valor de los ingresos que por publicidad había recibido el concesionario desde el año 2004 hasta el treinta (30) de junio de 2015; que con base en las múltiples comunicaciones provenientes de la fiduciaria que administra los recursos de la concesión, que fueron aportadas como pruebas de la demanda de reconvención (Pruebas 12, 13 y 17, entre otras), que el concesionario continuó percibiendo dichos ingresos en el periodo comprendido entre el primero (1) de julio de 2015 y el treinta (30) de noviembre de 2017 – fecha de terminación del contrato, hecho que no ha sido desvirtuado ni controvertido por la convocante; que el concesionario obtuvo la remuneración pactada contractualmente - TIR del 10.93% - por la ejecución del proyecto, el día de la terminación del contrato conforme al laudo arbitral, esto es, el 30 de noviembre de 2017 y, por ende, a partir de la fecha de terminación del contrato de concesión No. 0664 de 1994, el concesionario no tiene título ni causa jurídica que legitime la tenencia ni apropiación de dichos recursos y deben ser reintegrados a la ANI; y, que conforme al dictamen pericial de parte presentado por la ANI, los ingresos por concepto de venta de publicidad entre el primero (1) de julio de 2015 y el treinta (30) de noviembre de 2017 – fecha de terminación del contrato, corresponde a la suma de \$4.076.774.590 pesos corrientes, que actualizados con la TIR real, arroja un valor de \$5.480.104.175 en pesos de agosto de 2018, que deben ser pagados por el concesionario en favor de la ANI para garantizar la justa equivalencia de las prestaciones en el marco del contrato de concesión.

4.2. La oposición formulada por la Parte Convocada en Reconvencción

La Parte Convocante y Convocada en Reconvencción se opuso a la Quinta Pretensión Principal de la demanda de reconvencción, dijo, “en relación con la reversión de los activos que relaciona en su demanda por cuanto los reclamados exceden los fijados en la **CLÁUSULA VIGÉSIMA SEXTA** del Contrato de Concesión No. 0664 de 1994; como ulteriormente lo extenderemos.” (sic)

No obstante el evidente error señalado, en todo caso, en relación con los hechos relacionados con las pretensiones de ingresos obtenidos por venta de publicidad en los bienes concesionados que fueron descritos en la demanda de reconvencción, la Parte Convocante y Convocada en Reconvencción señaló que la Fiduciaria Bancolombia el día 16 de mayo de 2018 generó la comunicación identificada con el número C303700200-R0493-18 en la que certifica los ingresos registrados en la contabilidad del Fideicomiso por Publicidad, en el periodo del 1° de julio de 2015 al 30 de noviembre de 2017 (\$4.076.774.590 IVA incluido), así como los gastos asociados a estos ingresos durante el mismo periodo (\$1.159.717.736 IVA incluido), determinando entonces que los ingresos netos por concepto de Publicidad ascienden a la suma de \$2.917.056.854 IVA incluido. La certificación aludida es entregada como parte de las pruebas anejas a éste escrito. En todo caso, hizo notar que no hay concordancia entre el valor de \$4.178.064.279,22 correspondiente a la sumatoria de los valores consignados en los hechos 28 y 29 de la demanda de reconvencción con la valoración que al mismo concepto se le da en el Juramento Estimatorio y en la Estimación de la Cuantía del proceso correspondiente a la suma de \$8.571.019.069,75

Frente a los hechos formulados en la demanda de reconvencción, la Parte Convocante y Convocada en reconvencción formuló los siguientes hechos exceptivos:

“7.- La información tomada en cuenta para el Laudo de 2016 y extraída de los Dictámenes Periciales Técnico, Financiero, Contable.

“Por ser de absoluta relevancia, a continuación destacamos hechos trascendentes y pertinentes a lo disputado como son:

- En el proceso arbitral que concluyó con el Laudo de 6 de Octubre de 2016 se adujeron al proceso los Dictámenes Periciales que seguidamente enlistamos y tuvieron la naturaleza, autor, y fecha de cierre de la data en ellos contenida que se refleja en el cuadro que sigue:

Perito	Naturaleza	Fecha cierre data contenida
Julio Bernardo Durán	Técnica	Septiembre de 2015
Valfinanzas	Financiera	Mayo de 2015
Jega Accounting House Ltda.	Contable	Junio de 2015

- El Laudo tiene como fecha de adopción el 6 de octubre de 2016.
- Con base en la información compilada, analizada y elaborada por los identificados Peritos, el Panel Arbitral, en su rol de Perito de Peritos, estableció que la fecha de finalización del Contrato 0664 de 1994 sería la del 30 de noviembre de 2017; habida cuenta que en ese señalado día los allá Convocantes alcanzarían la TIR del 10,93% pactada en su favor.

“8.- La literalidad del Laudo en punto al cálculo de la fecha de terminación del Etapa de Operación y del Contrato de Concesión 0664 de 1994.

Resultará trascendental para la solución de la disputa, repasar lo que, en derredor del Modelo Financiero y su actualización para derivar del ejercicio el cálculo de la fecha en que había de terminar la Etapa de Operación del Contrato de Concesión 0664 de 1994 y por ende la vigencia del Contrato mismo, dijo el Laudo; así:

‘7. CONCLUSIONES - ACTUALIZACIÓN DEL MODELO FINANCIERO

*Como resultado de las consideraciones jurídicas que anteceden, le corresponde al Tribunal definir los parámetros para la actualización del Modelo Financiero que a su vez permita mediante su utilización restablecer el equilibrio económico del Contrato mediante la ampliación del plazo de la Etapa de Operación según lo previsto en la*

*Cláusula Trigésima Sexta del Contrato de Concesión y con él la determinación del plazo final de la Concesión. Para ese efecto, la herramienta a utilizar será sin duda el modelo financiero, interpretado en los términos en que ha quedado expuesto en esta providencia. Así, se incluirán en él aquellos conceptos cuyo análisis arrojó como conclusión que debían ser incorporados, y se dejarán por fuera del mismo aquellos que se consideró no debían formar parte. Efectuada esa operación, el modelo debe arrojar la fecha en que el Concesionario obtenga la Tasa Interna de Retorno pactada y será ésta la que determine el plazo de la Etapa de Operación y, consecuentemente, el plazo final de la Concesión, a partir del día siguiente al 30 de noviembre de 2016.*

*Para mayor claridad, a continuación, se enuncian los conceptos que se incluirán en el modelo financiero:*

- Los ingresos por publicidad en los peajes
- El capex

*Es importante precisar que, para efectos de adoptar las anteriores conclusiones, el Tribunal solicitó al experto financiero entregar el modelo con la posibilidad de incluir y excluir de él las diferentes variables que, como resultado de los análisis jurídicos expuestos en precedencia, se consideraba que debían hacer parte del mismo. De esta forma, para los árbitros basta aplicar la metodología explicada en detalle por el perito, a efectos de cumplir con tal propósito.*

*Teniendo en cuenta que según el experto financiero ‘el efecto combinado de la modificación de dos o más variables es diferente de la suma de los efectos individuales’, la modificación al modelo financiero que habrá de hacer el Tribunal, incluyendo los conceptos antes enunciados, no podrá efectuarse mediante la simple adición de los efectos individuales señalados por el perito en la tabla número 1 visible a folio 100 del documento de fecha 19 de julio de 2016, sino que deberá realizarse sobre la base del último de los modelos actualizado por las partes y siguiendo el procedimiento indicado por el perito financiero Valfinanzas, esto es, activándose los conceptos que ingresarán a él y desactivándose los que no.*

*Para mayor claridad, a continuación, se cita el procedimiento previsto por el experto para establecer el efecto de cada una de las variables:*

*‘Una vez identificadas las partidas a tener en cuenta, es necesario precisar la metodología a utilizar para desarrollar la actualización.*

*‘Así, como se explica en la respuesta a la Pregunta No. 2 formulada por la Convocante, la metodología general de cálculo utilizada en los tres modelos financieros indicados en el enunciado es la misma, toda vez que proyecta los flujos de caja libres del Proyecto (FCLP) antes de impuestos desde la fecha de inicio de la Concesión hasta la fecha en la cual se obtiene una TIR objetivo equivalente al 10,93% real anual antes de impuestos.*

*/.../*

*‘Así, teniendo en cuenta el ‘Cuadro de Inversión Ejecutada según el Contrato y sus Modificatorios’ identificado en la Tabla No. 19, se procedió modificar las hojas ‘Inputs’ y ‘Const’ del Modelo de 2005 así:*

- ‘Se incluye una celda denominada ‘Switch Capex (P3D) (P10.ANI) (P11.ANI)’ en la celda B8 de la hoja ‘Inputs’, de manera que cuando contiene (1) se activa la actualización solicitada al Perito Financiero en el enunciado y cuando es cero (0) el Modelo de 2005 queda inalterado.
- ‘Se incluye la hoja ‘P3D P10.A CAPEX INPUTS’ que contiene el resumen de los componentes de inversión del Modelo de 2005 y del ‘Cuadro de Inversión Ejecutada según el Contrato y sus Modificatorios’ indicado en el Dictamen Técnico. Estos elementos son los mismos presentados en la Tabla No. 19.
- ‘Cuando la actualización esta activa, los parámetros para los costos de construcción y fechas de ejecución contenidos en la hoja ‘Inputs’ se alimentan de los relacionados en las celdas J5 a N70 de la hoja ‘P3D P10.A CAPEX INPUTS’ incluida.
- ‘Se incluye la hoja ‘P3D y P10.A CAPEX CRONOGRAMA’, que contiene el ‘Cuadro de Inversión Ejecutada según el Contrato y sus Modificatorios’ indicado en el Dictamen Técnico y resumido en la Tabla No. 19. Este cuadro presenta los valores invertidos por cada concepto de inversión en cada mes desde diciembre de 1994 hasta finalizar la última obra en julio de 2017.

- *‘Cuando la actualización está activa, los valores de las columnas BD (‘Total Construcción (\$Kte)’ y BL (‘Obras Solicitadas por la Comunidad (\$Kte)’ de la hoja ‘Const’ toman los relacionados en la hoja ‘P3D y P10.A CAPEX CRONOGRAMA’ para cada concepto y para cada mes desde diciembre de 1996 hasta diciembre de 2025. Estas columnas son las que alimentan el cálculo del Flujo de Caja Libre del Proyecto antes de impuestos.*

- *‘Los valores de las ‘Obras de Renivelación (\$Kte)’ son los mismos en el Modelo de 2005 y en el ‘Cuadro de Inversión Ejecutada según el Contrato y sus Modificatorios’, de manera que permanecen iguales cuando se activa la actualización.*

*‘De manera consecuente, la inclusión de este cronograma de inversión ejecutada con las obras adicionales no contempladas en el Modelo de 2005 y las fechas de real proceder de todas las obras identificado por el Perito Ingeniero provoca un cambio en las siguientes variables que según la metodología de formulación del modelo están calculadas en función del CAPEX:*

- *‘Póliza de Estabilidad de Obra, se cuantifica como el 20% de algunos rubros del CAPEX577/;*
- *‘Pólizas de cumplimiento y salarios, corresponden al 10% y 5% respectivamente, del pareto del CAPEX y su efecto se simula desde el mes de inicio de cada obra;*
- *‘Costos Adic. De Paso a Nivel, se genera durante el periodo comprendido entre la finalización de la obra ‘Paso a Nivel Zue’ y la finalización de la obra ‘Puente Línea Férrea’. Se afecta por el desplazamiento en el tiempo de las obras.*

*‘Mantenimiento Periódico y Rutinario: Cambian como resultado del cambio en las fechas de finalización de las obras totales y por tramos. La formulación del Modelo de 2005 se conserva. Sin embargo es preciso mencionar que en la celda que estima la proporción de mantenimiento periódico para la ‘Aplicación Vte-Cajicá’ se incluyó el valor del ‘BOX Peatonal El Redil’, obra que según el Dictamen Técnico no estaba contemplada en el Modelo de 2005 y corresponde a dicho tramo.*

- *‘Control de Calidad, Interventoría, Administración, Fiduciarios e Industria y Comercio: i) los dos primeros conceptos se afectan por las fechas de inicio y finalización de las obras. ii) Todos los conceptos antes señalados se extienden como resultado de la modificación en la fecha de finalización del Proyecto.*

*‘Así, como resultado de actualizar el Modelo de 2005 mediante la incorporación del CAPEX del ‘Cuadro de Inversión Ejecutada según el Contrato y sus Modificatorios’ identificado en la Tabla No. 19, se genera un cambio en el flujo de caja del Proyecto antes de impuestos. Lo anterior de forma tal que para mantener una TIR del 10,93% real anual578/ antes de impuestos la fecha de finalización del Proyecto cambia de noviembre de 2016 a algún día entre junio 30 de 2018, mes al cual se alcanza una TIR de 10,91% real anual antes de impuestos, y julio 31 de 2018, momento en el cual resulta una TIR de 10,94% real anual antes de impuestos’*  
*/.../*

- *‘Se incluyó una celda denominada ‘Switch Ingresos Tráfico Real (P2) (P11)’ en la celda B5 de la hoja ‘Inputs’, de manera que cuando esta celda toma el valor de 1, se activa la actualización solicitada al Perito Financiero en el enunciado, pero cuando toma el valor de 0, el Modelo de 2005 permanece inalterado.*

- *‘De la hoja de cálculo denominada ‘P2 Ingresos Tráfico Real’, incluida en respuesta a la Pregunta No. 2, relacionada con el Recaudo de Peajes, se toman los ingresos mensuales resultantes del tráfico real y tarifas contractuales para cada categoría de vehículo, por cada estación de peaje, entre noviembre de 1995 y junio de 2015, según la información proporcionada en los archivos de Excel ‘Anexo No.1’ y ‘Anexo No. 2’ adjuntos al documento de Aclaraciones y Complementaciones al Dictamen Contable.*

- *‘Entre las celdas AF6 y AO252 de la pestaña ‘P2 Ingresos Tráfico Real’ se localiza la información que sirve como insumo para la inclusión de los ‘ingresos provenientes del tráfico real’ de las casetas Andes y Fusca. Cuando la actualización está activa, estos valores sustituyen la información proyectada para estas casetas en la*

hoja 'Ing P' entre las celdas C60 y K306. Los ingresos a partir del mes de junio de 2015 continúan inalterados independientemente de si la actualización está activa o no.

- 'Entre las celdas BV6 y CD252 de la pestaña 'P2 Ingresos Tráfico Real' se localiza la información que sirve como insumo para la inclusión de los 'ingresos provenientes del tráfico real' de la caseta Teletón. Cuando la actualización está activa, estos valores sustituyen aquellos proyectados para Teletón en la hoja 'Ing P' entre las celdas BJ60 y BL306. Los ingresos a partir del mes de junio de 2015 continúan inalterados independientemente de si la actualización está activa o no'.

*Pregunta No. 3, relacionada con el Recaudo de Peajes: Ingresos Provenientes del Incremento de Tarifas.*

- 'Se incluyó una celda denominada 'Switch Ingresos Excedentes (P3) (P11)' en la celda B6 de la hoja 'Inputs', de manera que cuando esta celda toma el valor de 1 se activa la actualización solicitada al Perito Financiero en el enunciado, pero cuando toma el valor de 0 el Modelo de 2005 permanece inalterado.

- 'De la hoja de cálculo denominada 'P3 Excedentes', incluida en respuesta a la Pregunta No. 3, relacionada con el Recaudo de Peajes, se recoge la información del tráfico real y excedentes de tarifas por cada categoría de vehículo para cada estación de peaje entre mayo de 1999 y junio de 2015, según la información proporcionada en el archivo 'Anexo No.3' del Dictamen Contable.

- 'Entre celdas AF6 y AO252 de la pestaña 'P3 Excedentes' se localiza la información que sirve como insumo para la inclusión del 'ingreso proveniente del incremento de tarifas' indicado en el enunciado para las casetas Andes y Fusca. Cuando la actualización está activa dichos valores mensuales se suman al mes correspondiente entre las celdas C60 y K306 en la hoja 'Ing P', es decir a los ingresos por peajes para estos dos peajes. Los ingresos a partir del mes de junio de 2015 continúan inalterados independientemente de si la actualización está activa o no.

- 'Entre las celdas BV6 y CD252 de la pestaña 'P3 Excedentes' se localizan los datos de insumo para la incorporación del 'ingreso proveniente del incremento de tarifas' indicado en el enunciado para la caseta Teletón. Cuando la actualización está activa, los valores de la hoja 'P3 Excedentes' se suman a los ingresos provenientes de recaudo de peajes para esta caseta en el mes correspondiente entre las celdas BJ60 y BL306 de la hoja 'Ing P' del Modelo de 2005. Los ingresos a partir del mes de junio de 2015 continúan inalterados independientemente de si la actualización está activa o no.

*Pregunta No. 1, relacionada con los Ingresos de la Venta de Publicidad.*

- 'Se incluyó una celda denominada 'Switch Ingresos Publicidad (P1 Publi) (P11)' en la celda B7 de la hoja 'Inputs', de manera que cuando esta celda toma el valor de 1 se activa la actualización solicitada al Perito Financiero en el enunciado, pero cuando toma el valor de 0 el Modelo de 2005 permanece inalterado.

- 'De la hoja de cálculo denominada 'P1 Publicidad' que fue incluida en respuesta a la Pregunta No. 1, relacionada con los Ingresos de la Venta de Publicidad, se extrae la información relativa a los ingresos mensuales por la venta de publicidad a partir de 2004, según la información proporcionada en el archivo 'Anexo No.4' del Dictamen Contable.

- 'Entre las celdas V6 y V252 de la pestaña 'P1 Publicidad' se encuentra la información que sirve como insumo para inclusión de los ingresos por este concepto. Cuando la actualización está activa, los mencionados valores se añaden a los ingresos por recaudo de peajes e incrementos de tarifas, si aplica, en el correspondiente mes entre las celdas BW60 y BW306 en la hoja 'Ing P'. Los ingresos a partir del mes de junio de 2015 continúan inalterados independientemente de si la actualización está activa o no' 580.

/.../

***'i. en el marco de las condiciones macroeconómicas reales del proyecto de Concesión'***

- 'Se incluyó una celda denominada 'Switch Inflación (P11)' en la celda B9 de la hoja 'Inputs', de manera que cuando esta celda toma el valor de 1 se activa la actualización solicitada al Perito Financiero en el enunciado, pero cuando toma el valor de 0 el Modelo de 2005 permanece inalterado.

- ‘Se creó una pestaña denominada ‘P11 Infl’ donde se recoge la información relativa a la inflación histórica desde mayo de 1994 disponible en el portal web del Banco de la República.
- ‘Entre las celdas E9 y V388 de la pestaña ‘P11 Infl’ se localiza la información que sirve como insumo para la actualización de la inflación real del modelo. Cuando la actualización está activa, esta información sustituye la inflación proyectada en el modelo en la pestaña ‘Infl’ entre las celdas C2 y D377’581.

‘Teniendo en cuenta lo anterior, para efectos de actualizar el modelo financiero, el Tribunal activará cada uno de los conceptos indicados al inicio de este capítulo mediante la consignación del valor 1 en el ‘switch’ correspondiente (celdas B4 a B11), de la hoja ‘inputs’, y desactivará los conceptos que no han de influir en el modelo consignado el valor 0, así:

Columna Fila	A	B
4	Switch Formulación Ingresos (P1 Peajes) (P11)	0
5	Switch Ingresos Tráfico Real (P2) (P11)	0
6	Switch Ingresos Excedentes (P3) (P11)	0
7	Switch Ingresos Publicidad (P1 Publi) (P11)	1
8	Switch CAPEX (P3D) (P10ANI) (P11 ANI)	1
9	Switch Inflación (P11)	0
10	Switch Equipos de Limpieza	0
11	Switch Baterías de Baños	0

‘Una vez activadas las celdas anteriores, corresponde realizar un paso más para conocer la fecha en la cual se alcanza la tasa interna de retorno pactada. Consiste en modificar la celda D20 de la hoja Inputs, la cual hace referencia al término de duración en meses de la etapa de operación. Dicha modificación debe hacerse hasta que la celda C20 que contiene la fecha de terminación de la etapa de operación, coincida con el mes en el cual se alcanzará la tasa interna de retorno del 10,93% en la columna G, denominada ‘TIR REAL’, de la hoja ‘TIR’.

‘Así, tal ejercicio arroja que la etapa de operación debe extenderse por 223 meses, esto es, hasta el 30 de noviembre de 2017 fecha que coincide con el valor consignado en la columna G de la hoja TIR denominada ‘TIR REAL’.

‘De esta forma, el modelo financiero en la parte pertinente, arroja el siguiente resultado:

Columna Fila	A	B	C	D
16	CRONOGRAMA			
17		Desde	Hasta	Meses
18	Etapas de Diseño	01-dic-94	30-sep-95	10
19	Etapas de Construcción	01-oct-95	30-abr-99	43
20	Etapas de Operación	01-may-99	30-nov-17	223
21	Total			276

‘Este procedimiento arroja como resultado que la TIR del 10,93% se obtiene en alguna fecha comprendida entre el 31 de octubre de 2017, mes en el cual se alcanza una TIR real anual antes de impuestos de 10,91%, y el 30 de noviembre de ese año, fecha en la cual se alcanza una TIR de 10,94%. Es importante resaltar que el modelo, tal y como está formulado, no permite establecer la fecha exacta en la cual se alcanza la TIR, pues sus resultados son mensuales y no diarios.

‘En los anteriores términos, para el Tribunal, la Etapa de Operación deberá extenderse hasta el 30 de noviembre de 2017 y así se consignará en la parte resolutive del Laudo.

*‘Se anexa a este Laudo un archivo contenido en un CD que corresponde a la actualización del modelo financiero conforme al análisis y decisión de este Tribunal.’*

“De lo acabado de memorar, cualquier lector llanamente deduce lo siguiente:

- Que el Modelo Financiero como herramienta de gestión de la economía del Contrato, se alimenta de unas variables constitutivas de los Ingresos y Egresos de su matriz, de cuya interrelación y comportamiento se extrae la llamada Tasa Interna de Retorno o TIR, que para el asunto de marras se fijó en 10,93 real.
- Que el Contrato 0664 había de terminar el preciso o aproximado (debido a su modularidad mensual) día en que la TIR se concretase en la realidad.
- Que el señalamiento de dicha fecha, en la oportunidad del Laudo de 6 de octubre, fue el fruto de incorporar al Modelo todos los valores representativos de las variables conformadoras de él, según su valuación a las fechas de cierre de los Dictámenes Técnico, Contable y Financiero tomados como venero de los valores de las variables.
- El Laudo de manera clara, expresa y perentoria sentenció que la fecha de terminación del Contrato sería la del 30 de noviembre de 2017 y no dispuso que ésta debía ser ajustada según el futuro comportamiento de las variables tomadas en cuenta para este definitivo y enfático cálculo.
- Resulta imperioso iterar aquí, que ninguna de las Partes solicitó aclaración del sentido del Laudo. Por manera que lo por él dispuesto no puede entenderse sino como definitivo e inalterable.
- Definitivamente, otro entendimiento determinaría un diferente ejercicio financiero dirigido a recomponer una vez más el Modelo Financiero de 2005 para estimar de nuevo y de manera definitiva la fecha efectiva de la terminación de la Etapa de Operación del Contrato y de su consecuente vigencia. Esto, claramente, no es plausible.”

Como complemento de lo anterior, en relación con las pretensiones objeto de análisis, la Parte Convocante y Convocada en Reconvención formuló la siguiente excepción:

**“V.3.- NO PROCEDIBILIDAD DEL REEMBOLSO DE LOS DINEROS OBTENIDOS POR CONCEPTO DE VENTA DE PUBLICIDAD EN LOS SITIOS DE RECOLECCIÓN DE PEAJE**

“Delanteramente, en relación con la actualización de Modelo Financiero como herramienta de gestión de la economía del Contrato de Concesión 0664 de 1994, expresamos y en este punto reiteramos:

- Que el Modelo Financiero como herramienta de gestión de la economía del Contrato, se alimenta de unas variables constitutivas de los Ingresos y Egresos de su matriz, de cuya interrelación y comportamiento se extrae la llamada Tasa Interna de Retorno o TIR, que para el asunto de marras se fijó en 10,93 real.
- Que el Contrato 0664 había de terminar el preciso o aproximado (debido a su modularidad mensual) día en que la TIR se concretase en la realidad.
- Que el señalamiento de dicha fecha, en la oportunidad del Laudo de 06 de octubre, fue el fruto de incorporar al Modelo todos los valores representativos de las variables conformadoras de él, según su valuación a las fechas de cierre de los Dictámenes Técnico, Contable y Financiero tomados como venero de los valores de las variables.
- El Laudo de manera clara, expresa y perentoria sentenció que la fecha de terminación del Contrato sería la del 30 de noviembre de 2017 y no dispuso que ésta debía ser ajustada según el futuro comportamiento de las variables tomadas en cuenta para este definitivo y enfático cálculo.



- Resulta imperioso iterar aquí, que ninguna de las Partes solicitó aclaración del sentido del Laudo. Por manera que lo por él dispuesto no puede entenderse sino como definitivo e inalterable.

“Así las cosas, en materia de los ingresos por publicidad o explotación comercial de la infraestructura concesionada, lo anterior cae como anillo al dedo y así lo proclamamos.”

Finalmente, en su alegato de conclusión, la Parte Convocante y Convocada en Reconvención, señaló que

“La publicidad como medio de comunicación para atraer a los potenciales consumidores de un producto o servicio adopta distintas modalidades como: la publicidad fija (vallas, avisos electrónicos inmóviles); la radial; la televisiva; la efectuada a través de los teléfonos inteligentes; la distribuida a través de las redes sociales; la impresa (periódicos, revistas, volantes), etc. Son sus clientes los fabricantes, comercializadores o proveedores de bienes y servicios de manera directa; o indirecta, a través de las Centrales de Medios y/o de las Agencias de Publicidad.

“En el ambiente de la publicidad su venta no es espontánea sino inducida; es decir, requiere de agentes vendedores que coloquen en manos de los interesados el derecho del uso de un espacio o de un espectro electrónico, amén de que algunos medios publicitarios exigen para la puesta a disposición del mensaje de elementos materiales tales como vallas, pantallas leds, impresos, etc.

“En suma, la explotación publicitaria de algunos elementos de la infraestructura concesionada comporta ineludiblemente **costos y gastos asociados**. Este mismo concepto o suceder es predicable de la reventa de bienes o servicios, desde luego que esta impone la necesidad de adquirir de manos de terceros el producto a comercializar (I.e. Guías turísticas).

“Si desprevenidamente se analizan las partidas de ingreso y las de egreso reportadas por la Fiduciaria, sin forzamiento alguno se concluye que los primeros corresponden al pago del precio convenido por el uso de elementos publicitarios adosados, instalados o pegados a la infraestructura concesionada o la reventa o comercialización de productos elaborados, adquiridos de manos de terceros. De su lado, los costos y gastos representan el pago de comisiones a los agentes, colocadores de la publicidad, en los más de los casos, impuesto de industria y comercio, etc., o el pago de los precios representativos de los bienes adquiridos para la reventa.

“Esto nos lleva a concluir que el valor real representativo de los embolsos del Concesionario se representa en la suma de \$2.917.056.854, valor residual arrojado por la operación de restar a los ingresos brutos \$4.076.774.590, los costos y gastos asociados por \$1.159.717.736<sup>262</sup>; según se acredita en la certificación de la Fiduciaria Bancolombia de fecha 16 de mayo de 2018.

“Entonces, contabilizar sin más como ingresos embolsados por el Concesionario el guarismo representativo de los **ingresos brutos** controvierte las definiciones de los conceptos antedichos y el tratamiento que la técnica financiera universalmente dictamina.”

Así mismo, la Parte Convocante y Convocada en Reconvención señaló cuál fue, a su juicio, la finalidad de los modelos financieros de 2005, 2013 y 2016 (2) y cuáles fueron sus elementos, así:

“En el devenir del Contrato de Concesión No. 0664 de 1994 rigió como mecanismo de gestión de las finanzas del mismo, el Modelo Financiero que en cuanto fue objeto de la oferta presentada por los Partícipes de la Unión Temporal Devinorte, a ese entonces en ciernes, y en tanto aceptado por la ANI

---

<sup>262</sup> Nota de pie de página del alegato de conclusión de la Parte Convocante y Convocada en Reconvención: “Transcripción de la Audiencia de 28/11/18. Declaración del Perito Juan Felipe Castro “(...) DR. ESTRADA: Le pregunto, usted ha hecho referencia a una certificación expedida por la fiduciaria.

“DR. CASTRO: Sí señor que hacer parte de un anexo en nuestro informe.

“DR. ESTRADA: Sí, usted podría precisarle al panel arbitral si ustedes como peritos para rendir el dictamen de contradicción gratuito que han rendido en este asunto, tuvieron a la vista o a su alcance los documentos contables en que se basó la fiduciaria para arribar a esa cifra de \$ 1.159.717.735?

“DR. CASTRO: No señor, tomamos el certificado de la fiduciaria como una cifra dada, no la verificamos, no somos auditorios, tampoco la auditamos.”

se convirtió en un elemento contractual. Realidad ésta que no solamente nadie discute, sino a la que las Partes han acudido de manera sistemática, persistente y homogénea. Su existencia e intangibilidad y la interpretación del mecanismo y sus elementos se erigieron como la base fundamental del Laudo proferido el 6 de octubre de 2016, al cobijo de la institución del **acto propio** y de la **interpretación auténtica** otorgada por las Partes al mismo en las repetidas ocasiones en que acudieron a la herramienta para monitorear y establecer el estado de las finanzas contractuales.

“Ahora bien, de manera conteste todos quienes han sido interrogados sobre el Modelo han afirmado que el primigenio nunca contempló como partida de ingreso la explotación comercial y/o venta de publicidad. También han sido coincidentes en afirmar que ni por asomo el Contrato, sus Otrosíes y/o sus documentos anexos y complementarios regularon los ingresos por publicidad; no obstante que, como quedó probado en el decurso del proceso arbitral No. 2975 finalizado con el Laudo de 6 de octubre de 2016, la explotación publicitaria de la infraestructura si estaba permitida bajo los requerimientos dimanantes del Manual de Operación que, valga la pena decirlo, se cumplieron con absoluto rigorismo. En suma, los ingresos por explotación publicitaria pueden asimilarse a un ingreso no regulado.

“Por ello en los Modelos Financieros de 2005, 2013 y el primero de 2016 este rubro no aparece insertado en el laboreo matemático-financiero que exigió su actualización. Es útil memorar que en el mentado Arbitraje la firma Valfinanzas actualizó el Modelo de 2005 incorporando al mismo los hechos financieros realmente sucedidos en el interregno transcurrido entre dicho año y los albores de 2016.

“Empero, luego de producido la primera experticia de Valfinanzas, las Partes enfrentadas llegaron a un Acuerdo Conciliatorio que entre otros muchos compromisos concretaron el relativo a los ingresos por explotación comercial (venta de publicidad). Dado que el Acuerdo se ocupó de conciliar una serie de aspectos de consecuencias económicas, entre ellos el relacionado con los ingresos por explotación comercial de la infraestructura concesionada, el Panel Arbitral, en su sabiduría, ordenó al Perito reelaborar el Dictamen tomando en cuenta los efectos económicos de dichos pactos.

“Como se acaba de decir, un asunto neural que el Perito debía contemplar era la convención según la cual los ingresos por publicidad debían ser imputados como partida de ingreso con las derivaciones respecto del establecimiento de la fecha en la que la **TIR** contractual apalabrada sería obtenida por el Concesionario.

“En honor a la verdad, aunque la suma imputada contemplaba los ingresos extraídos de la data contable averiguada por el Perito contable que actuó en el identificado Arbitraje; los ingresos tomados en cuenta no comprendían aquellos ocurridos con posterioridad al 30 de junio de 2015 y hasta el 30 de noviembre de 2017 y éstos, bajo la egida del Acuerdo, debían ser contabilizados como ingresos del Concesionario a través del mecanismo de imputarlos como tales en el componente activo del Modelo Financiero contractual.

“Aquí es imperioso hacer la siguiente digresión: el Acuerdo Conciliatorio lo que contempló es que dichos ingresos, en cuanto tales, debían insertarse en el Modelo con el único y exclusivo propósito de establecer cuándo el Concesionario consolidaría la obtención de la **TIR** contractual. Nunca el Acuerdo conducía a creer que lo que debía hacer el Concesionario era entregarle y/o pagarle a la Entidad Concedente esa suma de dinero. La lectura del Acuerdo Conciliatorio mismo, el laborio matemático elaborado por Valfinanzas, el texto de las consideraciones y resoluciones del Laudo conducen a un indiscutible axioma: **que cualquier ingreso por publicidad y/o explotación comercial debía ser incorporado al Modelo para los efectos de establecer su efecto en cuanto a la fecha de obtención de la TIR.**

“Pero si como las pruebas documentales no fueran suficientes, a pesar de que hablan por sí solas; las declaraciones contestes de todos los Funcionarios de la Convocada y de los Peritos vinculados a éste Proceso unívocamente proclaman que los ingresos por explotación publicitaria deben ser vinculados como partida de ingreso al Modelo. Nadie con sensatez, y ésta es ostensible en los declarantes, se atrevió afirmar que el Concesionario debía pagarle y/o reconocerle a la **ANI** los ingresos derivados de dicha actividad. Por ello es que resulta insostenible la Pretensión **QUINTA** inserta en la Demanda de Reconvención que persigue lo inatendible: el pago de una suma supuestamente representativa de los ingresos de publicidad que cualquiera fuere su monto no debe ser pagada por el Concesionario.”

Acerca de los ingresos contabilizados en el seno del arbitraje precedente, la Parte Convocante y Convocada en Reconvención señaló que

“En acatamiento a la instrucción del Panel Arbitral que condujo el Proceso No. 2975 Valfinanzas imputó al Modelo Financiero como partida de ingreso la suma representativa de los embolsos por publicidad. Pues bien, de manera uniforme los Peritos de este proceso (**Capitalcorp** y **Nexu**) manifestaron que no tuvieron a la vista los comprobantes contables de los que se extrajo dicho valor por lo que no estaban en posibilidad de afirmar si los mismos ostentaban la naturaleza de brutos o de netos después de costos.

“Sin embargo con independencia a no haber podido o debido indagar la naturaleza de los ingresos en ese entonces aducidos al Modelo; uno y otro portavoz de las firmas elaboradoras de los Dictámenes coincidieron en enjuiciar que desde el punto de vista puramente conceptual los ingresos que quedan en la caja de quien despliega una actividad comercial son los denominados netos de costos, vale decir, los residuales arrojados por la deducción a los brutos de los costos y gastos asociados<sup>263</sup>.”

Acerca de los ingresos brutos, los costos y gastos asociados, los ingresos netos de costos sucedidos entre julio de 2015 y noviembre de 2017, la Parte Convocante y Convocada en reconvención indicó que:

“Obra al Proceso la certificación expedida por **Fiducolombia**, que no se limita a señalar el monto de los **ingresos brutos** sino que se ocupa de desagregarlos señalando la oportunidad temporal de su ocurrencia; la identidad de quien hizo el pago; y, adicionalmente, la naturaleza genérica del servicio prestado o servicio vendido.

“Mismo ejercicio y manifestación realizó en cuanto se refiere a los **costos y gastos asociados** para, en conclusión, suministrar las cuantías de uno y otro concepto; de esta manera permitiendo a quien las analice concretar el valor de los **ingresos netos de costos y gastos**, que se concretan en la suma de \$2.917.056.854.”

#### 4.3. El Concepto de la Señora Agente del Ministerio Público

La señora Agente del Ministerio Público señaló que “en virtud del Acuerdo Conciliatorio celebrado entre las partes el 30 de octubre de 2015, solucionaron las controversias contenidas en las pretensiones relativas a los incumplimientos contractuales derivados de la explotación económica de publicidad en los peajes y que en el Laudo de 6 de octubre de 2016, se enunciaron los conceptos que se incluirían en el modelo Financiero y se explicó el procedimiento previsto por el perito para establecer el efecto de cada una de las variables”; “lo anterior significa que los ingresos por venta de pauta publicitaria que se imputaron al Modelo Financiero, fueron los reportados en el Dictamen Contable que obró en el anterior Trámite Arbitral y comprendieron los ingresos que por ésta causa

---

<sup>263</sup> Nota de pie de página del alegato de conclusión de la Parte Convocante y Convocada en Reconvención: “Transcripción de la Audiencia de 28/11/18. Declaración del Perito Alonso Castellanos. “(...)DR. LÓPEZ: En concreto, cuando estuvo o hizo usted sus elaboraciones matemáticas, tomó en cuenta, los egresos, por concepto de costos y gastos asociados en la prestación y/o producción del servicio de publicidad que fueron certificados por Fiducolombia?

“DR. CASTELLANOS: No. (...)”

“DR. LÓPEZ: Un poquito aterrizando conclusiones, se puede afirmar que usted conoció el modelo del contrato 0664, que, lo observó y de alguna manera lo concientizó en cuanto se refiere a que concepto, activos y pasivos tiene ese modelo, que conoció también la matriz de riesgo del contrato, la estimación de riesgos, correcto?

“DR. CASTELLANOS: Sí señor.

“DR. LÓPEZ: Y creo haber entendido que ese modelo original no tenía relación ninguna con los ingresos de publicidad porque no se habían contemplado.

“DR. CASTELLANOS: Así es.

“DR. LÓPEZ: También concluyo que desde el punto de la técnica financiera, con independencia de lo que haya ocurrido en cualquier caso específico, los conceptos de ingresos y egreso deben ser tomados en cuenta.

“DR. CASTELLANOS: Es correcto.”

se produjeron entre el año 2004 y el 30 de junio de 2015, lo que significa que el Modelo Financiero no incluyó los ingresos que se generaron por venta de pauta publicitaria a partir del 1º de julio de 2015 hasta el 30 de noviembre de 2017, fecha de terminación de la Concesión.”

En cuanto a los efectos de la imputación de los ingresos por venta de pauta publicitaria que se cuantificaron en el Dictamen Pericial Contable y que correspondía establecer al Tribunal anterior, “se observa que el mencionado Panel Arbitral los precisó después de hacer el procedimiento de actualización integral” y transcribió los numerales 21 a 25 de la parte resolutive el Laudo del 6 de octubre de 2016.

Precisa a continuación que en este proceso se acreditaron los ingresos por concepto de venta de pauta publicitaria percibidos por la Concesión entre el 1º de julio de 2015 y el 30 de noviembre de 2017, a través de Certificación expedida por Fiduciaria Bancolombia el 16 de agosto de 2018, así como con el Dictamen Pericial de parte rendido por Capitalcorp, con base en la certificación expedida por la misma Fiduciaria y, agrega, que para el Ministerio Público el recaudo de ingresos por publicidad en los bienes concesionados rompe el equilibrio contractual como se reconoció por el anterior Tribunal y, por lo tanto, existiendo prueba que después del 30 de junio de 2015 el Concesionario continuó percibiendo ingresos por este concepto, que por razones obvias no se incluyeron en el modelo financiero, “la metodología pertinente para restablecer el equilibrio contractual, es aquella que actualiza el Modelo Financiero del Laudo de 2016, incorporando los nuevos ingresos por venta de pauta publicitaria, generados en el periodo comprendido entre el 1º de julio de 2015 y el 30 de noviembre de 2017, para efectos de obtener, con base en el mismo procedimiento aplicado en el Laudo de 2016, una fecha hipotética en la que el Concesionario hubiese obtenido la TIR pactada y por ende la fecha en que debía concluir el Contrato de Concesión. // Como quiera que la fecha de terminación de la Concesión establecida en el Laudo de 2016 es inamovible, no solamente porque constituye cosa juzgada, sino porque ya tuvo ocurrencia, una vez obtenida la fecha hipotética de terminación de la concesión en virtud de los nuevos ingresos por venta de pauta publicitaria, se debe ordenar a las Convocadas y a la UT DEVINORTE la devolución de los ingresos del proyecto que percibió en los meses de más, teniendo como referente la fecha hipotética en que ha debido terminar el Contrato, descontando los costos y gastos del proyecto en los mismos meses”.

En cuanto a si la suma a incorporar al Modelo Financiero del Laudo de 2016 por concepto de ingresos por venta de pauta publicitaria debe ser la que representa los **ingresos brutos** o la que representa los **ingresos netos**, señala que “no obstante que las reglas de la experiencia indican que en toda actividad económica los ingresos que se perciben siempre llevan asociados costos y gastos para su generación, en el caso bajo examen no es posible imputar al Modelo Financiero la suma que representa los ingresos netos, por dos razones: 1) “Porque las partes al conciliar la controversia que sostenían sobre los ingresos por venta de pauta publicitaria en el periodo comprendido entre el año 2004 y el 30 de junio de 2015, no descontaron costos y gastos a los ingresos por dicho concepto, tal y como se puede constatar en el texto del Laudo Arbitral del 6 de octubre de 2016, en el que claramente se dijo que las únicas modificaciones que se realizaban al Modelo Financiero consistían en la inclusión de (i) los ingresos por publicidad en los peajes, y (ii) el capex. En consecuencia, como el Modelo Financiero del Laudo de 2016, hizo tránsito a cosa juzgada, no permite introducir modificaciones para incorporar de manera específica costos y gastos por venta de pauta publicitaria”. Y 2) “Porque, tal y como lo explicó en su declaración la testigo Ximena Corredor, experta en asuntos financieros, el Modelo Financiero del Contrato de Concesión 0664 de 1994, genera automáticamente **un porcentaje** de costos y gastos cuando se introduce una partida de ingresos”.

Por lo expuesto, el Ministerio Público solicitó se accediera a la pretensión Quinta Principal de la Demanda de Reconvención Reformada.

#### 4.4. Consideraciones del Tribunal

Al revisar lo ocurrido en el Tribunal de Arbitramento convocado por los integrantes de la Unión Temporal DEVINORTE contra la Agencia Nacional de Infraestructura (Trámite No. 2975) conforme al expediente traído como prueba trasladada a este proceso, fueron, entre otras, pretensiones de la demanda de reconvención allí presentada y tramitada, las siguientes:

##### **“4.1.3 PRETENSIONES RELATIVAS A LOS INCUMPLIMIENTOS CONTRACTUALES DERIVADOS DE LA EXPLOTACIÓN ECONÓMICA DE PUBLICIDAD EN LOS PEAJES**

###### **“4.1.3.1 PRETENSIONES DECLARATIVAS**

**“PRIMERA.-** Que se declare que según lo establecido en la cláusula quinta del Contrato de Concesión 664 de 1994, en el Reglamento de Operación, y por ministerio de la ley, el Concesionario Devinorte tiene la obligación de:

(...)

b) Reportar los ingresos percibidos por dicho concepto; y

c) Transferir a la Agencia Nacional de Infraestructura los valores devengados por dichas explotaciones colaterales conforme lo previsto en el concepto emitido por la Gerencia de Asesoría Legal Gestión Contractual 1 de la ANI el 4 de febrero de 2014 mediante memorando dirigido a la Gerencia de Defensa Judicial de la ANI, con radicado ANI número 2014-705-001165-3.

**“SEGUNDA.-** Que se declare que en ningún documento contractual posterior a la suscripción del Contrato de Concesión No. 664 de 1994, las referidas obligaciones de Tramitar los permisos ante las autoridades competentes, incluida la ANI para la explotación de publicidad en los puestos de peaje a lo largo de la concesión vial para el Desarrollo del Norte de Bogotá - Devinorte, y reportar los ingresos percibidos por dicho concepto ha sido modificada o eliminada.

**“TERCERA.-** Que se declare que las obligaciones de tramitar los permisos ante las autoridades competentes, incluida la ANI para la explotación de publicidad en los puestos de peaje a lo largo de la concesión vial para el Desarrollo del Norte de Bogotá -Devinorte, y reportar los ingresos percibidos por dicho concepto ha sido desde la suscripción del contrato y actualmente es contractualmente exigible al Concesionario.

**“CUARTA.-** Que se declare que La Parte Demandante ha incumplido la obligación de tramitar los permisos ante las autoridades competentes, incluida la ANI para la explotación de publicidad en los puestos de peaje a lo largo de la concesión vial para el Desarrollo del Norte de Bogotá -Devinorte, y reportar (retroactivamente) los ingresos percibidos por dicho concepto, según lo señalado en el concepto emitido por la Gerencia de Asesoría Legal Gestión Contractual 1 de la ANI de fecha 4 de febrero de 2014 mediante memorando dirigido a la Gerencia de Defensa Judicial de la ANI, con radicado ANI número 2014-705-001165-3, así como también en los oficios de Interventoría radicado número: ANI 2013-409-005375-2 de fecha 13 de febrero de 2013, a través del cual la interventoría le solicita al consorcio se sirva remitir copia de las autorizaciones para la instalación de vallas de publicidad en los peajes; y oficio número ICITY-0067-13 de fecha 19 de marzo de 2013.

**“QUINTA.-** Que se declare que La Parte Demandante no tiene justificación válida para haber incumplido las obligaciones de tramitar los permisos ante las autoridades competentes, incluida la ANI para la explotación de publicidad en los puestos de peaje a lo largo de la concesión vial para el Desarrollo del Norte de Bogotá -Devinorte, y reportar (retroactivamente) los ingresos percibidos por dicho concepto.

**“SEXTA.-** Que se declare que el incumplimiento de La Parte Demandante referente a las obligaciones de tramitar los permisos ante las autoridades competentes, incluida la ANI para la explotación de publicidad en los puestos de peaje a lo largo de la concesión vial para el Desarrollo del Norte de

Bogotá -Devinorte, y reportar los ingresos percibidos por dicho concepto, ha generado perjuicios a la Entidad concedente.

#### **“4.1.3.2 PRETENSIONES CONDENATORIAS**

**“PRIMERA.-** Que se ORDENE a La Parte Demandante que en el plazo que disponga el H. Tribunal, de cumplimiento a sus obligaciones de a) tramitar los permisos ante las autoridades competentes, incluida la ANI para la explotación de publicidad en los puestos de peaje a lo largo de la concesión vial para el Desarrollo del Norte de Bogotá -Devinorte, y b) reportar los ingresos percibidos por dicho concepto desde el inicio de la concesión hasta la fecha del laudo arbitral, y de allí en adelante en forma permanente, en forma detallada y sustentada.

**“SEGUNDA.-** Que se ORDENE a La Parte Demandante que en el plazo que disponga el H. Tribunal, transfiera el valor devengado por dicha explotación económica a la ANI, por el valor que se llegue a probar luego de que se entreguen los respectivos reportes de ingresos percibidos, solicitados en el literal b) de la anterior pretensión, actualizados hasta la fecha de pago, o de la suma que se determine probatoriamente durante el proceso Arbitral debidamente indexada, mediante su reintegro o abono directo a la subcuenta del Patrimonio Autónomo denominada Excedentes INCO o bajo las condiciones que resulten aplicables según las previsiones del contrato y de la Ley.

(...)

#### **“4.2 PRETENSIONES PARA EL RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO EN FAVOR DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, DERIVADAS DE LA ACTUALIZACIÓN Y CORRECCION DEL MODELO FINANCIERO DEL CONTRATO**

(...)

##### **“4.2.5 PRETENSIONES ASOCIADAS A LA ACTUALIZACIÓN DEL MODELO FINANCIERO POR LA REALIZACION DE INGRESOS POR PUBLICIDAD NO CONSIDERADOS EN LA MODELACIÓN**

“A partir de las pretensiones declarativas del numeral 4.2.1.1, se le solicita respetuosamente acceder a las siguientes:

##### **“4.2.5.1 PRETENSIONES DECLARATIVAS**

**“PRIMERA.-** Que se declare que el Concesionario ha percibido ingresos derivados de la venta de publicidad utilizando los activos concesionados desde el año 2004, sin que los mismos hayan sido tenidos en cuenta o incluidos en el modelo financiero de la concesión actualmente vigente.

**“SEGUNDO.-** Que se declare que estos ingresos afectan de manera positiva la rentabilidad del Proyecto y deben ser tenidos en cuenta para efectos de calcular la fecha en la cual se alcanzará la rentabilidad pactada o TIR del 10.93%.

**“TERCERA.-** Que se declare que la actualización del modelo financiero vigente para el Contrato de Concesión No. 664 de 1994 impone la necesidad de incluir los ingresos derivados de la venta de publicidad, para rectificar la subestimación del ingreso total del concesionario.

**“CUARTA.-** Que se declare que las situaciones referidas en las pretensiones declarativas precedentes, derivan en que la subestimación de la rentabilidad del Proyecto, causándose con ello un desequilibrio económico en el contrato contra la entidad concedente contratante.

**“QUINTA.-** Que se declare en consecuencia, que según lo señalado en el documento contractual del 6 de agosto de 1998, el plazo de la Etapa de Operación y del Contrato de Concesión No. 664 de 1994 debe ser ajustado conforme a la actualización del Modelo Financiero del Contrato, reduciéndose hasta mantener la TIR pactada del 10,93%, o en su defecto y a manera de compensación, pagando el valor

equivalente al desequilibrio económico originado en el error a corregir mediante la actualización del modelo financiero.

#### “4.2.5.2 PRETENSIONES DE CONDENA

“**PRIMERA.-** En el caso de no ajustarse el plazo de la concesión, o si el ajuste implicara retrotraer la concesión a un plazo menor de un (1) año a partir de la fecha del laudo arbitral, solicito que para corregir este error y compensar a la ANI, se CONDENE a la Parte Demandada al pago de la suma de DOS MIL SEICIENTOS VEINTIOCHO MILLONES NOVECIENTOS TRECE MIL SETENTA Y CUATRO PESOS (\$2.628.913.074) a precios constantes de Mayo de 1994 para pago en febrero de 2014, o de la suma que se determine probatoriamente durante el proceso Arbitral debidamente indexada, mediante su reintegro o abono directo a la subcuenta del Patrimonio Autónomo denominada Excedentes INCO, y/o bajo las condiciones que resulten aplicables según las previsiones del contrato y de la Ley.”

Surtido el trámite correspondiente en el citado proceso arbitral y bien adelantada la etapa probatoria, el 30 de octubre de 2015, las Partes suscribieron un Acuerdo Conciliatorio en el marco del citado Tribunal de Arbitramento en virtud del cual, en lo que se refiere al tema objeto de análisis, las Partes acordaron lo siguiente:

“El presente acuerdo de conciliación se rige por las siguientes cláusulas:

#### “**CLÁUSULA PRIMERA: Pretensiones Desistidas.**

“En los términos del inciso 3 del artículo 312 del Código General del Proceso, las partes acuerdan desistir de las siguientes pretensiones contenidas en la reforma de la demanda arbitral sustitutiva y su reforma, así como en la demanda de reconvención, sin que ello genere condena en costas ni perjuicios.

(...)

#### “**De la demanda de reconvención, versión sustitutiva, y su reforma.**

“Por su parte, la **Agencia Nacional de Infraestructura**, desiste de las siguientes pretensiones expresadas en la demanda de reconvención:

#### “**4.1. PRETENSIONES POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO**

(...)

#### “**4.1.3 PRETENSIONES RELATIVAS A LOS INCUMPLIMIENTOS CONTRACTUALES DERIVADOS DE LA EXPLOTACIÓN ECONÓMICA DE PUBLICIDAD EN LOS PEAJES**

##### “**4.1.3.1 PRETENSIONES DECLARATIVAS**

“**PRIMERA.-** Que se declare que según lo establecido en la cláusula quinta del Contrato de Concesión **664 de 1994**, en el Reglamento de Operación, y por ministerio de la **ley**, el Concesionario Devinorte tiene la obligación de:

a) Tramitar los permisos ante las autoridades competentes, incluida la ANI para la explotación de publicidad en los puestos de peaje a lo largo de la concesión vial para el Desarrollo del Norte de Bogotá -Devinorte;

b) Reportar los ingresos percibidos por dicho concepto; y

c) Transferir a la Agencia Nacional de Infraestructura los valores devengados por dichas explotaciones colaterales conforme lo previsto en el concepto emitido por la Gerencia de Asesoría Legal Gestión Contractual **1** de la ANI

el 4 de febrero de 2014 mediante memorando dirigido a la Gerencia de Defensa Judicial de la ANI, con radicado ANI número 2014-705-001165-3.

**“SEGUNDA.-** Que se declare que en ningún documento contractual posterior a la suscripción del Contrato de Concesión No. 664 de 1994, las referidas obligaciones de Tramitar los permisos ante las autoridades competentes, incluida la ANI para la explotación de publicidad en los puestos de peaje a lo largo de la concesión vial para el Desarrollo del Norte de Bogotá -Devinorte, y reportar los ingresos percibidos por dicho concepto ha sido modificada o eliminada.

**“TERCERA.-** Que se declare que las obligaciones de tramitar los permisos ante las autoridades competentes, incluida la ANI para la explotación de publicidad en los puestos de peaje a lo largo de la concesión vial para el Desarrollo del Norte de Bogotá -Devinorte, y reportar los ingresos percibidos por dicho concepto ha sido (Sic) desde la suscripción del contrato y actualmente es contractualmente exigible al Concesionario.

**“CUARTA.-** Que se declare que La Parte Demandante ha incumplido la obligación de tramitar los permisos ante las autoridades competentes, incluida la ANI para la explotación de publicidad en los puestos de peaje a lo largo de la concesión vial para el Desarrollo del Norte de Bogotá -Devinorte, y reportar (retroactivamente) los ingresos percibidos por dicho concepto, según lo señalado en el concepto emitido por la Gerencia de Asesoría Legal Gestión Contractual 1 de la ANI de fecha 4 de febrero de 2014 mediante memorando dirigido a la Gerencia de Defensa Judicial de la ANI, con radicado ANI número 2014-705-001165-3, así como también en los oficios de Interventoría radicado número: ANI 2013-409-005375-2 de fecha 13 de febrero de 2013, a través del cual la interventoría le solicita al consorcio se sirva remitir copia de las autorizaciones para la instalación de vallas de publicidad en los peajes; y oficio número ICITY-0067-13 de fecha 19 de marzo de 2013.

**“QUINTA.-** Que se declare que La Parte Demandante no tiene justificación válida para haber incumplido las obligaciones de tramitar los permisos ante las autoridades competentes, incluida la ANI para la explotación de publicidad en los puestos de peaje a lo largo de la concesión vial para el Desarrollo del Norte de Bogotá -Devinorte, y reportar (retroactivamente) los ingresos percibidos por dicho concepto.

**“SEXTA.-** Que se declare que el incumplimiento de La Parte Demandante referente a las obligaciones de tramitar los permisos ante las autoridades competentes, incluida la ANI para la explotación de publicidad en los puestos de peaje a lo largo de la concesión vial para el Desarrollo del Norte de Bogotá -Devinorte, y reportar los ingresos percibidos por dicho concepto, ha generado perjuicios a la Entidad concedente.

#### **“4.1.3.2 PRETENSIONES CONDENATORIAS**

**“PRIMERA.-** Que se ORDENE a La Parte Demandante que en el plazo que disponga el Tribunal, de cumplimiento a sus obligaciones de a) tramitar los permisos ante las autoridades competentes, incluida la ANI para la explotación de publicidad en los puestos de peaje a lo largo de la concesión vial para el Desarrollo del Norte de Bogotá -Devinorte, y b) reportar los ingresos percibidos por dicho concepto desde el inicio de la concesión hasta la fecha del laudo arbitral, y de allí en adelante en forma permanente, en forma detallada y sustentada.

**“SEGUNDA.-** Que se ORDENE a La Parte Demandante que en el plazo que disponga el Tribunal, transfiera el valor devengado por dicha explotación económica a la ANI, por el valor que se llegue a probar luego de que se entreguen los respectivos reportes de ingresos percibidos, solicitados en el literal b) de la anterior pretensión, actualizados hasta la fecha de pago, o de la suma que se determine probatoriamente durante el proceso Arbitral debidamente indexada, mediante su reintegro o abono directo a la subcuenta del Patrimonio Autónomo denominada Excedentes INCO o bajo las condiciones que resulten aplicables según las previsiones del contrato y de la Ley.

#### **“FUNDAMENTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS DEL DESISTIMIENTO DE ESTA PRETENSIÓN**

**“Aspectos fácticos:** Es cierto que las Convocantes han utilizado las instalaciones de los peajes para explotarlas económicamente a través de la exhibición de piezas publicitarias. También es verdadero que los ingresos por publicidad han sido reportados por la entidad fiduciaria que congrega y maneja los recursos afectos o resultantes del Contrato de Concesión, al interior de los Comités Financieros que regula el Contrato.



También corresponde a lo sucedido que los ingresos por dicho concepto no han sido imputados como partida de ingreso en los Modelos Financieros que hasta la fecha se han venido solemnizando (2003 y 2005) o simplemente actualizando (2013).

**“Aspectos jurídicos:** Por acuerdo de las Partes los ingresos que tienen tal origen serán imputados al Modelo Financiero cuya actualización, entre otras cosas, se pretende como desenlace del Proceso Arbitral. Los efectos que dicha imputación producirá quedará a la decisión del Panel Arbitral, con los que las dos pretensiones condenatorias de éste acápite quedarían resueltas para la Agencia y los ingresos por tales conceptos serán contabilizados y aplicados en debida forma, en la medida y alcance que disponga el Laudo Arbitral.

**“Pruebas:** Permiso otorgado por el INVIAS (Cuaderno de pruebas No. 5, Hecho 3, folio 001 a 003); comprobantes de pago de impuestos aplicables a la actividad en favor del Municipio de Chía; y, Certificación expedida por Fiducolombia acerca del reporte de los ingresos por publicidad que se acompaña de fecha 18 de septiembre de 2014 No. C303700200-2059-1150.

“Las anteriores pruebas se dirigen a comprobar que: (i) existió la autorización previa por parte del INVIAS; (ii) el conocimiento y anuencia del Municipio de Chía respecto de la actividad de la publicidad en las casetas de peaje; y, (iii) que los Partícipes de la Unión Temporal Concesionaria, a través de Fiducolombia, reportaron los ingresos derivados de esta explotación.

(...)

“Igualmente, las partes desisten de las excepciones de mérito mutuamente formuladas en sus respectivos escritos de contestación tanto a la demanda inicial, versión sustitutiva, como a la de reconvencción, versión sustitutiva, frente a las pretensiones que son materia del presente Acuerdo de Conciliación. Para los efectos a que haya lugar, dichas excepciones de mérito se entienden desistidas en lo que respecta exclusivamente a las pretensiones conciliadas, por lo cual el Tribunal no deberá hacer pronunciamiento sobre ellas en el Laudo Arbitral que habrá de proferirse, en el cual solamente se resolverá sobre la prosperidad o no de las pretensiones y excepciones que no son objeto del presente acuerdo parcial de conciliación.

“En virtud de lo anterior, las partes en ejercicio de su autonomía de la voluntad y con arreglo a la Ley renuncian expresamente a realizar cualquier reclamación presente o futura; específicamente sobre las pretensiones que aquí se desisten y respecto de los hechos que han originado tales pretensiones, acontecidos hasta la fecha de suscripción del presente documento, como quiera que aceptan de manera incondicional que con el presente Acuerdo Conciliatorio se declaran transigidas sus diferencias sobre estas materias, reconociéndole efectos de cosa juzgada y mérito ejecutivo a la luz de lo previsto en la ley colombiana.

“El desistimiento de pretensiones contenido en esta Cláusula tiene su fundamento en los acuerdos a que han llegado las partes y que aparecen consignados en las siguientes cláusulas.

**“CLÁUSULA SEGUNDA:** Que, como ya se dijo, no obstante las opuestas convicciones que cada Parte exhibió en sus sendos escritos a lo largo del proceso, con el ánimo de desactivar la controversias que desarrollan las pretensiones desistidas y atrás transcritas, concilian sus opuestas pretensiones y se obligan a lo siguiente:

**“1. Obligaciones a cargo de los Partícipes de la Unión Temporal Devinorte**

(...)

**“1.3.** Imputar como partida de ingreso en el modelo financiero de la Concesionaria la absoluta totalidad de los dineros recibidos por la explotación publicitaria de la vía en los sitios de recolección del peaje (Los Andes, Fusca y Teletón) y los que se perciban por este concepto hasta la terminación del Contrato de Concesión 664 de 1994, cifra que será certificada por la fiduciaria que administra el patrimonio autónomo Devinorte, respecto de lo percibido y de lo que en adelante se perciba.

(...)

“**PARÁGRAFO.**- Todas las sumas dinerarias que connoten una partida de ingreso o egreso imputable al Modelo Financiero, serán registradas y contabilizadas como resulte acorde a la manera como el Laudo Arbitral que se profiera defina debe ser interpretado y actuado tal instrumento de las finanzas del Contrato. De igual forma, todos los efectos financieros que generen las modificaciones de los cronogramas de inversión se realizarán según lo defina el Laudo Arbitral.

(...)

“**CLÁUSULA SEXTA: Alcance de los acuerdos**

“Los acuerdos a que han llegado las Partes no implican reconocimiento o aceptación de incumplimiento de las obligaciones a cargo de cada una de ellas, por cuanto su único propósito es ponerle fin a las disputas contractuales que son objeto del Tribunal de Arbitraje.

“**CLÁUSULA SÉPTIMA: Coadyuvancia de la Unión Temporal para el Desarrollo del Norte de Bogotá – Devinorte**

“No obstante que la Unión para el Desarrollo del Norte de Bogotá Devinorte no está vinculada al proceso arbitral como Convocante o como Contrademandada, sino como *Litisconsorte necesario*, el presente acuerdo también lo suscribe la Unión Temporal en señal de coadyuvar lo aquí acordado entre la ANI y todos y cada uno de los Partícipes que actualmente la conforman.

“**CLÁUSULA OCTAVA: De las controversias que continúan en el Tribunal**

“Las demás controversias que se ventilan en el proceso arbitral, que aparecen consignadas en la demanda, versión sustitutiva y reformada, y la demanda de reconvención, así como en las respectivas contestaciones, réplicas y excepciones u oposiciones, deberán ser resueltas por el Tribunal de Arbitramento en el Laudo con que se ponga fin al proceso, sin perjuicio de que antes de dicha providencia las partes lleguen a un acuerdo de conciliación sobre todas o algunas de ellas.

“Para mejor entendimiento de lo aquí convenido a continuación se relacionan:

(...)

“**Las contenidas en la demanda de reconvención, versión sustitutiva**

(...)

“**4.2.5 PRETENSIONES ASOCIADAS A LA ACTUALIZACIÓN DEL MODELO FINANCIERO POR LA REALIZACIÓN DE INGRESOS POR PUBLICIDAD NO CONSIDERADOS EN LA MODELACIÓN**

“A partir de las pretensiones declarativas del numeral 4.2.1.1. se le solicita respetuosamente acceder a las siguientes:

**4.2.5.1 PRETENSIONES DECLARATIVAS**

“**PRIMERA.**- Que se declare que el Concesionario ha percibido ingresos derivados de la venta de publicidad utilizando los activos concesionados desde el año 2004, sin que los mismos hayan sido tenidos en cuenta o incluidos en el modelo financiero de la concesión actualmente vigente.

“**SEGUNDO.**- Que se declare que estos ingresos afectan de manera positiva la rentabilidad del Proyecto y deben ser tenidos en cuenta para efectos de calcular la fecha en la cual se alcanzará la rentabilidad pactada o TIR del 10.93%.

“**TERCERA.**- Que se declare que la actualización del modelo financiero vigente para el Contrato de Concesión No. 664 de 1994 impone la necesidad de incluir los ingresos derivados de la venta de publicidad, para rectificar la subestimación del ingreso total del concesionario.

**“CUARTA.-** Que se declare que las situaciones referidas en las pretensiones declarativas precedentes, derivan en que la subestimación de la rentabilidad del Proyecto, causándose con ello un desequilibrio económico en el contrato contra la entidad concedente contratante.

**“QUINTA.-** Que se declare en consecuencia, que según lo señalado en el documento contractual del 6 de agosto de 1998, el plazo de la Etapa de Operación y del Contrato de Concesión No. 664 de 1994 debe ser ajustado conforme a la actualización del Modelo Financiero del Contrato, reduciéndose hasta mantener la TIR pactada del 10,93%, o en su defecto y a manera de compensación, pagando el valor equivalente al desequilibrio económico originado en el error a corregir mediante la actualización del modelo financiero.

#### **4.2.5.2 PRETENSIONES DE CONDENA**

**“PRIMERA.-** En el caso de no ajustarse el plazo de la concesión, o si el ajuste implicara retrotraer la concesión a un plazo menor de un (1) año a partir de la fecha del laudo arbitral, solicito que para corregir este error y compensar a la ANI, se CONDENE a La Parte Demandada al pago de la suma de DOS MIL SEICIENTOS (Sic) VEINTIOCHO MILLONES NOVECIENTOS TRECE MIL SETENTA Y CUATRO PESOS (\$2.628.913.074) a precios constantes de Mayo de 1994 para pago en febrero de 2014, o de la suma que se determine probatoriamente durante el proceso Arbitral debidamente indexada, mediante su reintegro o abono directo a la subcuenta del Patrimonio Autónomo denominada Excedentes INCO. y/o bajo las condiciones que resulten aplicables según las previsiones del contrato y de la Ley.

#### **“CLÁUSULA NOVENA: De la continuación del trámite arbitral**

“Una vez aprobado el presente acuerdo conciliatorio, el proceso arbitral deberá continuar su trámite en el estado en que se encuentra, entendiéndose excluidos los asuntos objeto de conciliación.

#### **“V. DE LAS PRUEBAS QUE SUSTENTAN EL ACUERDO CONCILIATORIO**

“El presente acuerdo de conciliación se fundamenta en todos y cada uno de los medios de prueba obrantes en el proceso, es decir: los documentos aportados por las partes con la demanda inicial y con su versión sustituida, en la contestación de la demanda, con la demanda de reconvención inicial y con su versión sustitutiva, en su contestación y en los respectivos memoriales de réplica, mismo que en aquellos que se incorporar al presente escrito.”

El objeto del Acuerdo Conciliatorio convenido entre las Partes comprendió, en primer lugar, en los términos del inciso 3 del artículo 314 del Código General del Proceso, la resolución de manera definitiva de las diferencias de las que dieron cuenta, entre otras, las anteriores Pretensiones contenidas en la Demanda de Reconvención, -todas ellas de contenido patrimonial y, por consiguiente, de carácter transigible,- de conformidad con la cual, la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI, desistió de ellas, sin que ello generara condena en costas. Igualmente, las Partes desistieron de las excepciones de mérito mutuamente formuladas en sus respectivos escritos de contestación tanto a la demanda inicial, versión sustitutiva y reformada, como a la de reconvención, frente a las pretensiones que fueron materia del Acuerdo Conciliatorio. Dichas excepciones de mérito se entendieron desistidas en lo que respecta exclusivamente a las pretensiones conciliadas.

Teniendo en cuenta lo anterior, mediante Auto del 24 de noviembre de 2015, el Tribunal Arbitral encontró que esa conciliación, cumplió los requisitos del Contrato de Transacción que constituyó el negocio jurídico subyacente. En efecto, dijo, si se entiende que lo que tipifica a la transacción es terminar un litigio pendiente o precaver un litigio eventual (art. 2469 del C. C.), el primer aspecto se encuentra cumplido al resultar evidente que como consecuencia de esa conciliación se solucionaron algunas de las controversias sometidas a la decisión de ese Tribunal y, por ende, se desistió de algunas de las pretensiones de la reforma de la demanda inicial sustituida y de la demanda de reconvención. De igual manera, señaló el Tribunal, si se considera que lo que caracteriza a la transacción es la existencia de concesiones recíprocas, es claro y evidente, a partir del análisis del

texto conciliatorio que fue objeto de examen, que las Partes efectuaron concesiones recíprocas de variada naturaleza, las cuales, por lo demás, versaron sobre derechos patrimoniales susceptibles de ser renunciados.

Con fundamento en todo lo anteriormente expuesto, el Tribunal encontró que el Acuerdo Conciliatorio al que llegaron las Partes satisfizo los requisitos de ley y estaba llamado a producir los efectos sustanciales y adjetivos que le asignaba el ordenamiento jurídico, no fue lesivo para el patrimonio público, no violó norma alguna del ordenamiento jurídico y se fundó en el acervo probatorio decretado y practicado en ese proceso arbitral en forma regular.

En tal virtud, el citado Tribunal de Arbitramento, oído el concepto emitido por el señor Agente del Ministerio Público, previa verificación del cumplimiento de los requisitos de ley para el efecto, así como sobre el desistimiento de algunas pretensiones tanto de la reforma de la demanda arbitral como de la demanda de reconvencción recíprocamente coadyuvadas por las Partes Convocante y Convocada resultante del citado Acuerdo, resolvió:

(...)

“**TERCERO:** Aprobar el Acuerdo Conciliatorio que han presentado las partes en forma conjunta, debidamente suscrito por los representantes debidamente facultados de las Sociedades **CANO JIMÉNEZ ESTUDIOS S.A., CASTRO TCHERASSI S.A., CIVILIA S.A., OFINSA INVERSIONES S.A.S, EQUIPO UNIVERSAL S.A., G4S SECURE SOLUTIONS COLOMBIA S.A -G4S- y MINCIVIL S.A.,** todas ellas integrantes de la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL NORTE DE BOGOTÁ -DEVINORTE-**, como parte convocante y reconvenida, coadyuvado por la citada **UNIÓN TEMPORAL**, y de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCURA -ANI-**, como parte convocada y convocante en reconvencción.

“**CUARTO:** Como consecuencia de lo anterior, declarar que la conciliación así aprobada produce efectos de cosa juzgada en última instancia en los términos contenidos en el documento suscrito por las partes el 30 de octubre de 2015.

“**QUINTO:** Aprobar los desistimientos y renunciaciones hechos tanto por la Parte Convocante y reconvenida como por la Parte Convocada y Convocante en Reconvencción consignadas en el Acuerdo Conciliatorio, solicitudes que fueron coadyuvadas íntegra y recíprocamente por los apoderados de las partes.

“**SEXTO:** Ordenar que por Secretaría se le haga entrega a cada una de las partes de copia auténtica del Acta de esta Audiencia con la constancia de que se trata de la Primera Copia con mérito ejecutivo, de conformidad con el parágrafo 1º del artículo 1º de la Ley 640 de 2001.”

A su vez, mediante el Laudo proferido el 6 de octubre de 2016, el citado Tribunal Arbitral resolvió el resto de las controversias sometidas a su consideración y que no habían sido conciliadas. En lo que se refiere a los ingresos por publicidad, al analizar las pretensiones de la demanda de reconvencción que no fueron conciliadas, en el citado Laudo Arbitral el Tribunal señaló lo siguiente:

**“6. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN QUE NO FUERON CONCILIADAS POR LAS PARTES**

“Procede el Tribunal a resolver las pretensiones formuladas por la parte convocada en su demanda de reconvencción reformada y debidamente ajustada a los acuerdos contenidos en la conciliación celebrada por las partes, para lo cual se procederá a estudiar esas pretensiones en el mismo orden en que se encuentran planteadas, precisando sin embargo que algunas de ellas serán estudiadas de manera conjunta.

(...)

#### **“6.5. PRETENSIONES ASOCIADAS A LA ACTUALIZACIÓN DEL MODELO FINANCIERO POR LA REALIZACIÓN DE INGRESOS POR PUBLICIDAD NO CONSIDERADOS EN LA MODELACIÓN**

“En este grupo de solicitudes de la demanda de reconvención, la Agencia Nacional de Infraestructura, solicita que el Tribunal declare lo siguiente:

*‘Que se declare que el Concesionario ha percibido ingresos derivados de la venta de publicidad utilizando los activos concesionados desde el año 2004, sin que los mismos hayan sido tenidos en cuenta o incluidos en el modelo financiero de la concesión actualmente vigente.*

*‘Que se declare que estos ingresos afectan de manera positiva la rentabilidad del Proyecto y deben ser tenidos en cuenta para efectos de calcular la fecha en la cual se alcanzará la rentabilidad pactada o TIR del 10.93%.*

*‘Que se declare que la actualización del modelo financiero vigente para el Contrato de Concesión No. 664 de 1994 impone la necesidad de incluir los ingresos derivados de la venta de publicidad, para rectificar la subestimación del ingreso total del concesionario.*

*‘Que se declare que las situaciones referidas en las pretensiones declarativas precedentes, derivan en que la subestimación de la rentabilidad del Proyecto, causándose con ello un desequilibrio económico en el contrato contra la entidad concedente contratante.*

*‘Que se declare en consecuencia, que según lo señalado en el documento contractual del 6 de agosto de 1998, el plazo de la Etapa de Operación y del Contrato de Concesión No. 664 de 1994 debe ser ajustado conforme a la actualización del Modelo Financiero del Contrato, reduciéndose hasta mantener la TIR pactada del 10,93%, o en su defecto y a manera de compensación, pagando el valor equivalente al desequilibrio económico originado en el error a corregir mediante la actualización del modelo financiero.*

*‘En el caso de no ajustarse el plazo de la concesión, o si el ajuste implicara retrotraer la concesión a un plazo menor de un (1) año a partir de la fecha del laudo arbitral, solicito que para corregir este error y compensar a la ANI, se CONDENE a La Parte Demandada al pago de la suma de DOS MIL SEICIENTOS (Sic) VEINTIOCHO MILLONES NOVECIENTOS TRECE MIL SETENTA Y CUATRO PESOS (\$2.628.913.074) a precios constantes de Mayo de 1994 para pago en febrero de 2014, o de la suma que se determine probatoriamente durante el proceso Arbitral debidamente indexada, mediante su reintegro o abono directo a la subcuenta del Patrimonio Autónomo denominada Excedentes INCO. y/o bajo las condiciones que resulten aplicables según las previsiones del contrato y de la Ley.’*

#### **“Consideraciones del Tribunal**

“Para resolver este grupo de solicitudes el Tribunal considera suficiente remitirse a los acuerdos contenidos en la conciliación parcial surtida durante el curso de este proceso, en la cual específicamente los contratantes convinieron, en el numeral 1.3 de la cláusula segunda, lo siguiente:

*‘1.3. Imputar como partida de ingreso en el modelo financiero de la Concesionaria la absoluta totalidad de los dineros recibidos por la explotación publicitaria de la vía en los sitios de recolección de peaje (Los Andes, Fusca y Teletón) y los que se perciban por este concepto hasta la terminación del Contrato de Concesión 664 de 1994, cifra que será certificada por la Fiduciaria que administra el patrimonio autónomo Devinorte, respecto de lo percibido y de lo que en adelante se perciba’*

“No existe entonces controversia entre las partes en relación con el hecho de que el concesionario ha percibido ingresos derivados de publicidad utilizando los activos concesionados, y por ende al contrario de lo ocurrido en relación con varias pretensiones de la demanda de reconvención, el Tribunal encuentra que existe por parte de los únicos sujetos facultados para ello, un acuerdo que modifica el modelo financiero, incluyendo en él una nueva variable consistente en los ingresos provenientes de la publicidad.

“No puede en consecuencia el Juez obrar de manera distinta a lo que los contratantes voluntariamente acordaron, y por ende se accederá a la prosperidad de las pretensiones que aquí se estudian, precisando que los efectos de esos ingresos en el modelo financiero, se incluirán en el capítulo conclusivo

correspondiente, a fin de establecer, con las demás variables analizadas en esta providencia, el efecto final de lo ocurrido con el plazo de la concesión.

(...)"

Ahora, como le correspondió al Tribunal definir los parámetros para la actualización del Modelo Financiero que a su vez permitiera mediante su utilización restablecer el equilibrio económico del Contrato ampliando el plazo de la Etapa de Operación -según lo previsto en la Cláusula Trigésima Sexta del Contrato de Concesión- y con él la determinación del plazo final de la Concesión, en las siguientes conclusiones se observa cómo se incluyeron en el Modelo Financiero los ingresos por publicidad, por una parte y, por la otra, cómo se incluyó el cronograma de inversión ejecutada con las obras adicionales no contempladas en el Modelo de 2005 y las fechas de real proceder de todas las obras identificadas por el Perito Ingeniero, lo cual provocó un cambio en algunas variables que según la metodología de formulación del Modelo estaban calculadas en función del CAPEX, entre ellas el Mantenimiento Periódico y Rutinario, que cambiaron como resultado de la modificación en las fechas de finalización de las obras totales y por tramos, aclarando que la formulación del Modelo de 2005 se conservó. Así entonces, como resultado de actualizar el Modelo de 2005 mediante la incorporación del CAPEX del “Cuadro de Inversión Ejecutada según el Contrato y sus Modificaciones” se generó un cambio en el flujo de caja del Proyecto.

#### **“7. CONCLUSIONES - ACTUALIZACIÓN DEL MODELO FINANCIERO**

“Como resultado de las consideraciones jurídicas que anteceden, le corresponde al Tribunal definir los parámetros para la actualización del Modelo Financiero que a su vez permita mediante su utilización restablecer el equilibrio económico del Contrato mediante la ampliación del plazo de la Etapa de Operación según lo previsto en la Cláusula Trigésima Sexta del Contrato de Concesión y con él la determinación del plazo final de la Concesión. Para ese efecto, la herramienta a utilizar será sin duda el modelo financiero, interpretado en los términos en que ha quedado expuesto en esta providencia. Así, se incluirán en él aquellos conceptos cuyo análisis arrojó como conclusión que debían ser incorporados, y se dejarán por fuera del mismo aquellos que se consideró no debían formar parte. Efectuada esa operación, el modelo debe arrojar la fecha en que el Concesionario obtenga la Tasa Interna de Retorno pactada y será ésta la que determine el plazo de la Etapa de Operación y, consecuentemente, el plazo final de la Concesión, a partir del día siguiente al 30 de noviembre de 2016.

“Para mayor claridad, a continuación, se enuncian los conceptos que se incluirán en el modelo financiero:

- Los ingresos por publicidad en los peajes
- El capex

“Es importante precisar que, para efectos de adoptar las anteriores conclusiones, el Tribunal solicitó al experto financiero entregar el modelo con la posibilidad de incluir y excluir de él las diferentes variables que, como resultado de los análisis jurídicos expuestos en precedencia, se consideraba que debían hacer parte del mismo. De esta forma, para los árbitros basta aplicar la metodología explicada en detalle por el perito, a efectos de cumplir con tal propósito.

“Teniendo en cuenta que según el experto financiero ‘*el efecto combinado de la modificación de dos o más variables es diferente de la suma de los efectos individuales*’<sup>264</sup>, la modificación al modelo financiero que habrá de hacer el Tribunal, incluyendo los conceptos antes enunciados, no podrá efectuarse mediante la simple adición de los efectos individuales señalados por el perito en la tabla número 1 visible a folio 100 del documento de fecha 19 de julio de 2016, sino que deberá realizarse sobre la base del último de los modelos actualizado por las partes y siguiendo el procedimiento indicado por el perito financiero -Valfinanzas-, esto es, activándose los conceptos que ingresarán a él y desactivándose los que no.

---

<sup>264</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Folio 101 del dictamen de 19 de julio de 2016.

“Para mayor claridad, a continuación, se cita el procedimiento previsto por el experto para establecer el efecto de cada una de las variables:

*‘Una vez identificadas las partidas a tener en cuenta, es necesario precisar la metodología a utilizar para desarrollar la actualización.*

*‘Así, como se explica en la respuesta a la Pregunta No. 2 formulada por la Convocante, la metodología general de cálculo utilizada en los tres modelos financieros indicados en el enunciado es la misma, toda vez que proyecta los flujos de caja libres del Proyecto (FCLP) antes de impuestos desde la fecha de inicio de la Concesión hasta la fecha en la cual se obtiene una TIR objetivo equivalente al 10,93% real anual antes de impuestos.*

*/.../*

Pregunta No. 1, relacionada con los Ingresos de la Venta de Publicidad.

- *‘Se incluyó una celda denominada ‘Switch Ingresos Publicidad (P1 Publi) (P11)’ en la celda B7 de la hoja ‘Inputs’, de manera que cuando esta celda toma el valor de 1 se activa la actualización solicitada al Perito Financiero en el enunciado, pero cuando toma el valor de 0 el Modelo de 2005 permanece inalterado.*
- *‘De la hoja de cálculo denominada ‘P1 Publicidad’ que fue incluida en respuesta a la Pregunta No. 1, relacionada con los Ingresos de la Venta de Publicidad, se extrae la información relativa a los ingresos mensuales por la venta de publicidad a partir de 2004, según la información proporcionada en el archivo ‘Anexo No.4’ del Dictamen Contable.*
- *‘Entre las celdas V6 y V252 de la pestaña ‘P1 Publicidad’ se encuentra la información que sirve como insumo para inclusión de los ingresos por este concepto. Cuando la actualización está activa, los mencionados valores se añaden a los ingresos por recaudo de peajes e incrementos de tarifas, si aplica, en el correspondiente mes entre las celdas BW60 y BW306 en la hoja ‘Ing P’. Los ingresos a partir del mes de junio de 2015 continúan inalterados independientemente de si la actualización está activa o no’<sup>265</sup>.*  
*/.../*

*(...)<sup>266</sup>*

“Teniendo en cuenta lo anterior, para efectos de actualizar el modelo financiero, el Tribunal activará cada uno de los conceptos indicados al inicio de este capítulo mediante la consignación del valor 1 en el ‘switch’ correspondiente (celdas B4 a B11), de la hoja ‘inputs’, y desactivará los conceptos que no han de influir en el modelo consignado el valor 0, así:

Columna Fila	A	B
4	Switch Formulación Ingresos (P1 Peajes) (P11)	0
5	Switch Ingresos Tráfico Real (P2) (P11)	0
6	Switch Ingresos Excedentes (P3) (P11)	0
7	<b>Switch Ingresos Publicidad (P1 Publi) (P11)</b>	<b>1</b>
8	Switch CAPEX (P3D) (P10ANI) (P11 ANI)	1
9	Switch Inflación (P11)	0
10	Switch Equipos de Limpieza	0
11	Switch Baterías de Baños	0

“Una vez activadas las celdas anteriores, corresponde realizar un paso más para conocer la fecha en la cual se alcanza la tasa interna de retorno pactada. Consiste en modificar la celda D20 de la hoja Inputs, la cual hace referencia al término de duración en meses de la etapa de operación. Dicha modificación debe hacerse hasta que la celda C20 que contiene la fecha de terminación de la etapa de

<sup>265</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Folio 156 del Documento denominado “CONSOLIDADO: DICTAMEN FINANCIERO Y ALCANCE AL DICTAMEN FINANCIERO” elaborado por Valfinanzas.  
<sup>266</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Folio 160 del Documento denominado “CONSOLIDADO: DICTAMEN FINANCIERO Y ALCANCE AL DICTAMEN FINANCIERO” elaborado por Valfinanzas.

operación, coincida con el mes en el cual se alcanzará la tasa interna de retorno del 10,93% en la columna G, denominada ‘TIR REAL’, de la hoja ‘TIR’.

“Así, tal ejercicio arroja que la etapa de operación debe extenderse por 223 meses, esto es, hasta el 30 de noviembre de 2017 fecha que coincide con el valor consignado en la columna G de la hoja TIR denominada ‘TIR REAL’.

“De esta forma, el modelo financiero en la parte pertinente, arroja el siguiente resultado:

Columna Fila	A	B	C	D
16	<b>CRONOGRAMA</b>			
17		<b>Desde</b>	<b>Hasta</b>	<b>Meses</b>
18	Etapas de Diseño	01-dic-94	30-sep-95	10
19	Etapas de Construcción	01-oct-95	30-abr-99	43
20	Etapas de Operación	01-may-99	30-nov-17	223
21	<b>Total</b>			<b>276</b>

“Este procedimiento arroja como resultado que la TIR del 10,93% se obtiene en alguna fecha comprendida entre el 31 de octubre de 2017, mes en el cual se alcanza una TIR real anual antes de impuestos de 10,91%, y el 30 de noviembre de ese año, fecha en la cual se alcanza una TIR de 10,94%. Es importante resaltar que el modelo, tal y como está formulado, no permite establecer la fecha exacta en la cual se alcanza la TIR, pues sus resultados son mensuales y no diarios.

“En los anteriores términos, para el Tribunal, la Etapa de Operación deberá extenderse hasta el 30 de noviembre de 2017 y así se consignará en la parte resolutive del Laudo.

“Se anexa a este Laudo un archivo contenido en un CD que corresponde a la actualización del modelo financiero conforme al análisis y decisión de este Tribunal.

“DECISIÓN

“En mérito de las consideraciones y conclusiones que anteceden, el Tribunal de Arbitraje constituido para dirimir en derecho las controversias suscitadas entre las sociedades ÍNTEGRA DE COLOMBIA S.A.S, CASTRO TCHERASSI S.A., CIVILIA S.A., OFINSA INVERSIONES S.A.S, EQUIPO UNIVERSAL S.A., G4S SECURE SOLUTIONS COLOMBIA S.A –G4S- y MINCIVIL S.A. y la UNIÓN TEMPORAL DEVINORTE en calidad de convocantes, y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI-, en calidad de convocada, derivadas del Contrato de Concesión No. 0664 de 1994, de que da cuenta este proceso, administrando justicia por habilitación de las partes, en decisión unánime, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

(...)

**En lo que se refiere a la demanda de reconvencción presentada por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI-**

(...)

“21. Declarar que el Concesionario ha percibido ingresos derivados de la venta de publicidad utilizando los activos concesionados desde el año 2004, sin que los mismos hayan sido tenidos en cuenta o incluidos en el modelo financiero de la concesión actualmente vigente.

“22. Declarar que esos ingresos afectan de manera positiva la rentabilidad del Proyecto y deben ser tenidos en cuenta para efectos de calcular la fecha en la cual se alcanzará la rentabilidad pactada o TIR del 10.93%.

“23. Declarar que la actualización del modelo financiero vigente para el Contrato de Concesión No. 0664 de 1994 impone la necesidad de incluir los ingresos derivados de la venta de publicidad, para



rectificar la subestimación del ingreso total del concesionario.

“24. Declarar que esos ingresos por publicidad no incluidos en el modelo financiero, derivan en la subestimación de la rentabilidad del Proyecto, causándose con ello un desequilibrio económico en el contrato contra la entidad concedente contratante.

“25. Declarar en consecuencia que, según lo señalado en el documento contractual del 6 de agosto de 1998, el plazo de la Etapa de Operación y en general del Contrato de Concesión No. 664 de 1994 debe ser ajustado conforme a la actualización del Modelo Financiero del Contrato, hasta mantener la TIR pactada del 10,93%, incluyendo para ello los ingresos percibidos por el Concesionario por concepto de publicidad.”

Así entonces, conforme a lo convenido en el Acuerdo conciliatorio celebrado entre las Partes el 30 de octubre de 2015 y que fue aprobado por el Tribunal Arbitral el 24 de noviembre del mismo año, quedó resuelto el tema relacionado con los ingresos por publicidad percibidos por el Concesionario entre 2004 y el 30 de junio de 2015, para lo cual se imputó como partida de ingreso en el modelo financiero de la Concesionaria la absoluta totalidad de los dineros recibidos por la explotación publicitaria de la vía en los sitios de recolección del peaje (Los Andes, Fusca y Teletón), cifra que debió certificar la Fiduciaria que administra el patrimonio autónomo Devinorte, respecto de lo percibido y, de contera, se convino entre las Partes que todas las sumas dinerarias que connotaran una partida de ingreso o egreso imputable al Modelo Financiero, serían registradas y contabilizadas como resultara acorde a la manera como el Laudo Arbitral que se profiriera definiera debía ser interpretado y actuado tal instrumento de las finanzas del Contrato. De igual forma, todos los efectos financieros que generaran las modificaciones de los cronogramas de inversión se realizarían según lo definiera el Laudo Arbitral. Éste, como se acaba de ver, declaró que el Concesionario había percibido ingresos derivados de la venta de publicidad utilizando los activos concesionados desde el año 2004, sin que los mismos hubieran sido tenidos en cuenta o incluidos en el modelo financiero de la concesión entonces vigente; declaró que esos ingresos afectaban de manera positiva la rentabilidad del Proyecto y debían ser tenidos en cuenta para efectos de calcular la fecha en la cual se alcanzaría la rentabilidad pactada o TIR del 10.93%; declaró que la actualización del modelo financiero entonces vigente para el Contrato de Concesión No. 0664 de 1994 imponía la necesidad de incluir los ingresos derivados de la venta de publicidad, para rectificar la subestimación del ingreso total del concesionario; declaró que esos ingresos por publicidad no incluidos en el modelo financiero, derivaron en la subestimación de la rentabilidad del Proyecto, causándose con ello un desequilibrio económico en el contrato contra la entidad concedente contratante; y, declaró, en consecuencia que, según lo señalado en el documento contractual del 6 de agosto de 1998, el plazo de la Etapa de Operación y en general del Contrato de Concesión No. 664 de 1994 debía ser ajustado conforme a la actualización del Modelo Financiero del Contrato, hasta mantener la TIR pactada del 10,93%, incluyendo para ello los ingresos percibidos por el Concesionario por concepto de publicidad, que fueron los percibidos entre el año 2004 y el 30 de junio de 2015.

Empero, el Modelo Financiero no incluyó los recursos que se continuaron percibiendo por ese mismo concepto desde el 1 de julio de 2015 hasta la fecha en que se profirió el Laudo Arbitral, esto es, el 6 de octubre de 2016, y desde ésta hasta la terminación del Contrato de Concesión 664 de 1994, que lo fue por decisión contenida en el citado Laudo, el 30 de noviembre de 2017, cifra que según los acordaron las Partes el 30 de octubre de 2015 y así lo aprobó el Tribunal el 24 de noviembre de ese mismo año, debía certificar la Fiduciaria que administra el patrimonio autónomo Devinorte.

En el Laudo del 6 de octubre de 2016, se incluyó la siguiente respuesta del perito financiero relacionada con los Ingresos de la Venta de Publicidad: “Se incluyó una celda denominada ‘Switch Ingresos Publicidad (P1 Publi) (P11)’ en la celda B7 de la hoja ‘Inputs’, de manera que cuando esta celda toma el valor de 1 se activa la actualización solicitada al Perito Financiero en el enunciado, pero cuando toma el valor de 0 el Modelo de 2005 permanece inalterado. // De la hoja de cálculo denominada ‘P1 Publicidad’ que fue incluida en respuesta a la Pregunta No. 1, relacionada con los Ingresos de la Venta de Publicidad, se extrae la información relativa a los

ingresos mensuales por la venta de publicidad a partir de 2004, según la información proporcionada en el archivo ‘Anexo No.4’ del Dictamen Contable. // ‘Entre las celdas V6 y V252 de la pestaña ‘P1 Publicidad’ se encuentra la información que sirve como insumo para inclusión de los ingresos por este concepto. Cuando la actualización está activa, los mencionados valores se añaden a los ingresos por recaudo de peajes e incrementos de tarifas, si aplica, en el correspondiente mes entre las celdas BW60 y BW306 en la hoja ‘Ing P’. Los ingresos a partir del mes de junio de 2015 continúan inalterados independientemente de si la actualización está activa o no.”<sup>267</sup> // De la hoja de cálculo denominada ‘P1 Publicidad’ que fue incluida en respuesta a la Pregunta No. 1, relacionada con los Ingresos de la Venta de Publicidad, se extrae la información relativa a los ingresos mensuales por la venta de publicidad a partir de 2004, según la información proporcionada en el archivo ‘Anexo No.4’ del Dictamen Contable.” (Modelo financiero del Laudo Arbitral).

La información tomada del dictamen contable para incorporarla en el Modelo Financiero con el exclusivo propósito de calcular la fecha en la cual se alcanzaría la rentabilidad pactada o TIR del 10.93% y determinar consecuentemente el plazo final del Contrato de Concesión, corresponde al rendido el 18 de enero de 2016, en el cual se lee

“Según las evaluaciones y verificaciones realizadas en las oficinas del Concesionario - Devinorte a la información suministrada por ellos, el valor de los recursos facturados por la venta de publicidad utilizando los activos concesionados **desde el año 2004 hasta el 30 de junio de 2015** corresponde a la suma de **\$12.275.255.634** más **\$1.963.551.302** por concepto de Impuesto al Valor Agregado – IVA para un valor total de **\$14.238.806.936**.

En el **Anexo No. 4** se presenta un detalle de la facturación por la venta de publicidad desde el año 2004 hasta el 30 de junio de 2015.”

En las aclaraciones rendidas el 14 de marzo de 2016, en el dictamen contable se lee:

“De acuerdo con las evaluaciones y verificaciones realizadas en las oficinas del Concesionario – Devinorte a la información suministrada por ellos, el valor de los recursos facturados por concepto de la explotación económica derivados de publicidad en las estaciones de peajes **desde el año 2002 hasta junio 30 de 2.015** corresponde a la suma de **\$ 12.476.755.634** más **\$ 1.988.991.302** por concepto de Impuesto al Valor Agregado – IVA para un valor total de **\$ 14.465.746.936**.

“En ese orden de ideas, el monto total de los ingresos derivados de la explotación de los peajes **(Andes, Fusca y Teletón)**, asciende a la suma de **\$1.048.644.877.934**, cuyo detalle se muestra en siguiente cuadro:

Descripción	Valor
Recaudos Etapa de Diseño, Programación, Construcción y Operación	1.036.168.122.300
Ingresos por Publicidad	12.476.755.634
<b>Total</b>	<b>1.048.644.877.934</b>

Así, entonces, la información tomada del dictamen contable para incorporarla en el Modelo Financiero con el exclusivo propósito de calcular la fecha en la cual se alcanzaría la rentabilidad pactada o TIR del 10.93% y determinar consecuentemente el plazo final del Contrato de Concesión, correspondió al valor de los recursos facturados por concepto de la explotación económica derivados de publicidad en las estaciones de peajes **desde el año 2004 hasta junio 30 de 2015**, esto es la suma de **\$ 12.476.755.634**, sin incluir **\$ 1.988.991.302** por concepto de Impuesto al Valor Agregado – IVA y sin descontar los gastos asociados a estos ingresos durante el mismo periodo.

<sup>267</sup> Proceso Arbitral No. 2975. Folio 156 del Documento denominado “CONSOLIDADO: DICTAMEN FINANCIERO Y ALCANCE AL DICTAMEN FINANCIERO” elaborado por Valfinanzas.

En tanto, el Concesionario obtuvo la remuneración pactada contractualmente, esto es - la TIR del 10.93% - por la ejecución del proyecto hasta el vencimiento del plazo de la Etapa de Operación y en general del Contrato de Concesión, ajustado conforme a la actualización del Modelo Financiero del citado Contrato, en el cual no se incluyeron los recursos percibidos entre el 1° de julio de 2015 y el treinta (30) de noviembre de 2017, que se encuentran en la cuenta contable No. 742959509 del fideicomiso, por provenir de la explotación de bienes del Estado concesionados, tal y como lo pretende la Convocante en Reconvención, tales recursos deben ser transferidos a la Agencia Nacional de Infraestructura ANI.

Ahora, en la pretensión la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI señala que la Unión Temporal para el Desarrollo Vial del Norte de Bogotá - DEVINORTE y todos sus integrantes, deben devolver y/o pagar a la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI, la suma de \$8.571.019.069,75, por el período comprendido entre el primero (1) de julio de 2015 y el treinta (30) de noviembre de 2017.

Sin embargo, la misma ANI señala que la Fiduciaria Bancolombia, remitió el 29 de agosto de 2017 el listado de ingresos por concepto de publicidad del proyecto, entre julio de 2015 y marzo de 2017 por un valor total de \$3.355.369.289.22 y que, mediante radicado ANI No. 2018-409-021084-2 del 1° de marzo de 2018, la Fiduciaria Bancolombia remitió el detalle de los ingresos registrados en la contabilidad del fideicomiso por publicidad y otros ingresos, durante el periodo comprendido entre 1° de abril de 2017 y el 30 de noviembre de 2017, por un valor de \$822.694.990,00 que corresponden al neto de los ingresos de publicidad y otros ingresos registrados en la cuenta contable No. 742959509 del fideicomiso.

A su vez, en el peritaje rendido por CapitalCorp y aportado por la misma Agencia Nacional de Infraestructura - ANI el 24 de septiembre de 2018, se señala que “El Fideicomiso del Proyecto emitió el certificado denominado ‘20184090476602 FIDUCOLOMBIA INGRESOS PUBLICIDAD’, el cual establece que el monto de ingresos por concepto de publicidad percibido por el Concesionario fue de \$4,076,774,590 corrientes.”

A su vez, la Parte Convocada en Reconvención señaló que la Fiduciaria Bancolombia el día 16 de mayo de 2018 generó la comunicación identificada con el número C303700200-R0493-18 en la que certifica los ingresos registrados en la contabilidad del Fideicomiso por Publicidad, en el período del 1° de julio de 2015 al 30 de noviembre de 2017, esto es, \$4.076.774.590, IVA incluido, así como los gastos asociados a estos ingresos durante el mismo periodo \$1.159.717.736, IVA incluido, determinando entonces que los ingresos netos por concepto de Publicidad ascienden a la suma de \$2.917.056.854, IVA incluido.

Utilizando el mismo procedimiento que se empleó para incorporar los ingresos recaudados por concepto de publicidad entre 2004 y el 30 de junio de 2015 al Modelo Financiero del Laudo proferido el 6 de octubre de 2016 -según lo indicado en los peritajes financiero y contable- y que también se sujeta a lo convenido por las Partes en el Acuerdo Conciliatorio del 30 de octubre de 2015, el valor a transferir a la ANI correspondería al valor certificado por el Fideicomiso del Proyecto de los ingresos registrados en la contabilidad del Fideicomiso por Publicidad, en el período del 1° de julio de 2015 al 30 de noviembre de 2017, esto es, \$4.076.774.590, menos el IVA liquidado en ese período a la tasa entonces vigente, puesto que no constituye un ingreso sino un recaudo a favor del sujeto activo de la obligación tributaria y sin descontar los gastos asociados a estos ingresos durante el mismo periodo.

Sin embargo, deberá tenerse en cuenta que los ingresos registrados en la contabilidad del Fideicomiso por Publicidad en el período del 1° de julio de 2015 al 30 de noviembre de 2017 ya no tienen por finalidad su incorporación al Modelo Financiero con el propósito de calcular la fecha en la cual se alcanzaría la rentabilidad pactada o TIR del 10.93% y determinar consecuentemente el plazo final del Contrato de Concesión, porque ya tal cálculo fue obtenido y el Contrato de

Concesión ya terminó el 30 de noviembre de 2017, sino que, tal y como lo solicita la Convocante en reconvención, precisamente por no haberse incorporado al Modelo Financiero para tales fines, ahora, deben ser transferidos a la ANI por ser el resultado de la explotación de unos bienes concesionados por el Estado y, en tal virtud, además de restar el valor del IVA, que no constituye un ingreso sino un recaudo a favor del sujeto activo de la obligación tributaria, será preciso descontar los gastos asociados a estos ingresos durante este periodo.

En consecuencia, el Tribunal accederá parcialmente a la Pretensión Quinta de la demanda reformada de reconvención y declarará que la UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO VIAL DEL NORTE DE BOGOTÁ - DEVINORTE y todos sus integrantes, deben devolver y/o pagar a la AGENCIA NACIONAL DE INFRESTRUCTURA - ANI, el valor que obtuvo por concepto de ingresos de venta de publicidad en la vía concesionada en los sitios de recolección de peaje (Los Andes, Fusca y Teletón), que corresponde al valor certificado por la Fiduciaria Bancolombia de los ingresos registrados en la contabilidad del Fideicomiso del Proyecto por Publicidad, en el período del 1° de julio de 2015 al 30 de noviembre de 2017, esto es, la suma de \$ 4.076.774.590, a la cual deberá restársele el valor del IVA, que no constituye un ingreso sino un recaudo a favor del sujeto activo de la obligación tributaria y descontarse \$ 1.159.717.736, IVA incluido, que corresponde a los gastos asociados a estos ingresos durante el mismo periodo. Dicha suma deberá actualizarse a la fecha del pago, utilizando el IPC publicado por el DANE.

## 5. Análisis de las Pretensiones Declarativas Sexta Principal y Séptima Principal

**“SÉXTA PRINCIPAL.** Se declare que la UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO VIAL DEL NORTE DE BOGOTÁ - DEVINORTE y todos sus integrantes, deben revertir en favor de la AGENCIA NACIONAL DE INFRESTRUCTURA - ANI, y sin costo alguno, la totalidad de los vehículos que están incluidos dentro del modelo financiero del laudo arbitral del contrato de concesión No. 0664 de 1994, los cuales fueron amortizados con los recursos contractuales.

**“SÉPTIMA PRINCIPAL.** Que como consecuencia, se ordene a la UNIÓN TEMPORAL PARA DESARROLLO VIAL DEL NORTE DE BOGOTÁ - DEVINORTE y todos sus integrantes efectuar la entrega material y jurídica de los citados vehículos a título de reversión, a la ejecutoria del laudo arbitral.

### 5.1. Los hechos que sirven de causa a las citadas pretensiones y los fundamentos expuestos por la Parte Convocante en Reconvención

La Parte Convocante en reconvención expuso los siguientes hechos que sirven de causa a las citadas pretensiones y además sus los fundamentos:

**“Treinta y uno.** En el pliego de condiciones de la licitación pública N°005 -94, establece en su numeral 1.1.2 OBLIGACIONES A CARGO DEL CONCESIONARIO:

*‘La reversión al instituto Nacional de Vías de los bienes objeto de la concesión, incluyendo la carretera y demás instalaciones y equipos afectados directamente a la operación de la misma, en estado de funcionamiento y con el nivel de servicio establecido en los pliegos.’*

**“Treinta y dos.** En el Reglamento para la Operación de Carreteras concesionadas que hace parte del pliego de condiciones y del contrato de concesión No. 664 de 1994, se describen las condiciones contractuales básicas que se deben cumplir para realizar la etapa de operación, dentro de los cuales se citan los siguientes: (Prueba 14. Reglamento de operación).

### 3.- PARAMETROS DE CONTROL DE SERVICIOS

#### 3.B.- COBERTURA Y REGULARIDAD

*‘Se debe proveer las siguientes condiciones mínimas de servicio en cualquier hora:*

*‘3.B.1. – PEAJES.- Debe permanecer en funcionamiento por sentido, mínimo una caseta, con dos recaudadores y un coordinador. En todo caso deben permanecer en servicio un número de casetas de manera tal que no se presenten colas superiores a cinco vehículos...’*

*‘El concesionario operará la (s) caseta (s) de cobro empleando equipos de conteo y clasificación de vehículos que permitan a él mismo, al Instituto Nacional de Vías y a la interventoría realizar un control permanente y Exacto del volumen y tipo de vehículos que hacen uso del proyecto...’*

*‘3.B.2. – PESAJES Debe existir una estación en el proyecto y permanecer en funcionamiento, por sentido, una plataforma, con un fiscal, un operador y un auxiliar. En todo caso deben permanecer en servicio un número de plataformas de manera tal que no se presenten colas superiores a tres vehículos’*

*‘3.B.3. – GRUA Debe permanecer en funcionamiento, una grúa con capacidad suficiente para movilizar vehículos de peso bruto vehicular hasta 60 Tons., con un mecánico.’*

*‘3.B.4. – AMBULANCIA Debe permanecer en funcionamiento, una ambulancia con equipo completo, con un conductor y un auxiliar de enfermería...’*

*‘3.B.5. – INSPECCION DEL TRÁFICO Debe permanecer en funcionamiento, como mínimo por cada 80 kms. De vía o fracción superior a 40 kms., un vehículo, dotado de equipo de comunicación para inspección del tráfico con un inspector’*

*‘3.B.6. – CENTRO DE CONTROL OPERACIONAL- Debe permanecer en funcionamiento, un centro de control operacional, dotado de equipo de comunicación, con un operador.’*

*‘3.B.7. – VIGILANCIA – Debe permanecer en personal suficiente para vigilancia de instalaciones, recaudos y transporte de los mismos, dotado del equipo necesario para sus labores.’*

*‘3.B.8. – COMUNICACIONES.- Deben permanecer en funcionamiento, por cada calzada, cabinas dotadas de equipo que permita comunicarse con la central de operaciones. El concesionario debe manifestar en la propuesta las condiciones en que lo prestará.’*

“En el mismo sentido, los numerales 8 y 16.2 del citado reglamento, describen una serie de vehículos necesarios para la operación del proyecto, es decir, que de conformidad con el citado documento que hace parte integrante del contrato, los vehículos mencionados son requeridos para la operación del proyecto y por tanto también son objeto de reversión.

“**Treinta y tres.** A su vez, la Unión Temporal DEVINORTE presentó en el volumen 6 ‘PROPUESTA PARA LA OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO DEL PROYECTO’, de acuerdo a lo solicitado en el numeral 2.4.5 PROPUESTA PARA LA OPERACIÓN DEL PROYECTO, del pliego de condiciones, la siguiente propuesta, que fue acogida y vinculada contractualmente al momento de la adjudicación del Contrato de Concesión: (ver prueba 2).

*Numeral 9.1 Características generales de la operación:*

- 9.1.3 EQUIPOS Y PROCEDIMIENTO QUE SE EMPLEARAN PARA EL MANEJO DEL RECAUDO DEL PEAJE Y MANEJO DEL PRODUCTO MISMO.
- 9.1.4 EQUIPOS Y PROCEDIMIENTO QUE SE EMPLEARAN PARA EL CONTROL DE PESO DE VEHÍCULOS.
- 9.1.5 EQUIPOS Y PROCEDIMIENTOS QUE SE UTILIZARAN PARA EL CONTROL DE VOLUMEN DE TRANSITO.
- 9.1.6 EQUIPOS Y PROCEDIMIENTOS QUE SE EMPLEARNA PARA LOS OPERATIVOS DE VIGILANCLA Y SUPERVISION DEL PROYECTO.:
- INSPECCIÓN DE TRÁFICO

*‘Se propone la adquisición de dos (2) camionetas Chevrolet Luv, 2300 cc, dotadas de equipo de radio-teléfono para comunicarse en forma periódica...’*

*‘Los equipos estarán dotados tal como lo exigen los pliegos, con lámparas intermitentes, señalización de emergencia, extintores, caja de herramientas, botiquín para primeros auxilios.’*

*‘...Se le dotará a la Policía Vial para el cumplimiento de sus funciones, los siguientes vehículos y motocicletas:*

*‘a.4 Camperos Chevrolet Tropper (Cabinados), con equipo de radio-teléfono.*

*‘b.8 Motocicletas Suzuki de 500 cc.*

*‘c.4 alcoholímetros*

*‘d.4 radares para control de velocidad*

*‘e.50 Conos de señalización vial*

*‘g.30 chalecos reflectivos*

*‘h.12 linternas*

*‘i.4 altoparlantes*

*‘j.4 cajas de herramientas...’*

- 9.1.7 EQUIPOS Y PROCEDIMIENTOS PROPUESTO PARA LA LIMPIEZA DE LAS ESTACIONES DE PESAJE, ESTACIONES DE PESAJE Y VIAS CONCESIONADAS.

“Como se puede apreciar, la propuesta del concesionario también fue clara en la relación de los vehículos equipos requeridos para la operación de la vía, los cuales también son objeto de reversión.

“**Treinta y cuatro.** De igual modo, la interventoría del contrato mediante comunicación No. ICITY-039-18 determinó el listado de vehículos a ser revertidos y su valoración económica.

“**Treinta y cinco.** Para finalizar es preciso poner de presente a los Honorables Árbitros que como consecuencia del laudo de seis (6) de octubre de 2016, el concesionario ya logró la TIR pactada como rentabilidad para la ejecución del proyecto, y por tanto no tiene fundamento alguno que ahora pretenda sustraerse de la obligación de revertir todos aquellos vehículos que ha dispuesto para la operación de la vía, más aún cuando dicha conducta va en contravía de la ley.”

La Agencia Nacional de Infraestructura ANI, por conducto de su Apoderado, presentó los siguientes fundamentos de derecho, que junto con lo expuesto en el capítulo de hechos, a su juicio, sustentan las citadas pretensiones:

**“5.3. El concesionario debe revertir sin costo alguno en favor de la ANI, la totalidad de activos, bienes y equipos afectados a la operación de la vía para garantizar la continua y eficiente prestación del servicio.**

“Sobre la figura de la reversión en los contratos de concesión es preciso traer en mención el reciente e importante laudo de fecha 25 de julio de 2017, que resolvió las controversias entre Mintic y los operadores de telefonía celular, donde se les condenó a una millonaria suma de dinero a título de reversión.

“Dijo el citado laudo:

*‘Los Contratos de Concesión son estatales y, según su naturaleza y su propio texto, son de aquellos acuerdos a los que se les aplican las excepciones consagradas en la Ley 80 y sus normas concordantes, resaltando, para los propósitos del presente Laudo, lo concerniente a las potestades contenidas en el artículo 14 del mencionado cuerpo normativo.*

*‘La figura de la ‘reversión’ se remonta en su conceptualización a tiempos inmemoriales, entendida clásicamente como una recuperación del dominio de un bien público, criterio ligado a la necesidad de asegurar que retornase al soberano una facultad enajenada temporalmente a otro. Lo anterior, basado en el principio de la inalienabilidad de la soberanía, idea ésta que ha variado diametralmente en el derecho moderno, especialmente a partir de los contratos de concesión, pues en este contexto específico, no se presentan las enajenaciones del Estado a particulares que requieran su regreso posterior, dejando a un lado un elemento esencial del criterio antiguo y primigenio, para pasar a ser simplemente un elemento accidental que procede sólo por pacto y posteriormente, bajo la figura de una potestad excepcional pública, obligatoria por ley en algunos tipos de contratos.*

*‘Actualmente la reversión no es una previsión de corte político, ligada a la prerrogativa del soberano para evitar la prescripción inmemorial, sino una cláusula de índole económica. Colombia no ha sido ajena a esta evolución conceptual. En un inicio se entendió como la facultad del Estado para que una obra en concesión regresara al Estado. Antecedente de esta orientación se remonta al año 1876 con el contrato Salgar/Wyse mediante el cual se entregó la concesión para la construcción y explotación del Canal Interoceánico por 99 años. Después de transcurrido este plazo, sin compensación alguna para los franceses, retornaría la obra al País.*

*‘Avanzando para precisión y claridad del tema que nos atañe, la Real Academia de la Lengua Española en su Diccionario, define la reversión como: ‘Restitución de algo al estado que tenía’; o ‘Acción o efecto de revertir’. A su turno ‘revertir’ está entendido como ‘Volver al estado o condición que tuvo antes’; o ‘Volver a la propiedad que tuvo antes o pasar a un nuevo dueño’. De una primera lectura de la definición transcrita en precedencia, la noción de reversión parecería hacer relación al retorno de algo a su estado de origen, vale decir, según una de sus acepciones sería el regreso al patrimonio público de bienes de propiedad de éste, con el objeto de posibilitar la ejecución de un acuerdo de voluntades. Igualmente la definición hace referencia al hecho de que la propiedad pasa a un nuevo dueño.*

*‘Así las cosas, se contemplan las dos ideas que se han tenido respecto de la reversión, la clásica que da cuenta de la necesidad de evitar, por razones de soberanía, la prescripción inmemorial, recuperando el dominio de los bienes por parte del Estado. La segunda, que hace referencia a la cláusula en análisis como una de carácter exclusivamente económico, que parte de la base de que el concesionario puede recuperar su inversión en la ejecución del contrato, lo que constituye elemento sustancial para estructurar su oferta, de manera que se posibilite, sin costo alguno para el Estado, el traspaso de bienes del contratista a su nuevo dueño, para permitir la continuidad en la prestación del servicio.*

*‘Fue precisamente este último el sentido atribuido por el legislador, en las normas que regularon la materia en Colombia, por lo menos desde los Decretos 1670 de 1975; 150 de 1976, 222 de 1983 y como ya se dijo la Ley 80.*

(...)

*‘Posteriormente ley 80 de 1993 dispuso en su artículo 14 que en ‘los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión’ y en el artículo 19 estableció ‘En los contratos de explotación o concesión de bienes estatales se pactará que, al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin*

que por ello ésta deba efectuar compensación alguna.’ De esta manera dicha ley claramente consagró la reversión en los contratos de concesión o explotación de bienes estatales, para aquellos bienes afectados a la explotación o concesión que no eran propiedad del Estado.

**‘Es pertinente recordar que en la exposición de motivos de la Ley 80, se señaló que ‘Se justifica la gratuidad de la reversión en el hecho de que el contratista calcula la amortización de los bienes que ha dispuesto para la prestación del servicio cuando al celebrar el contrato se pacta lo relativo a su vigencia, de forma tal que a su vencimiento los bienes se encuentran totalmente amortizados’ (Se subraya).**

‘Así mismo, también sirve de parámetro de referencia la jurisprudencia constitucional que se ha pronunciado sobre la mencionada potestad excepcional, para distinguirla de la expropiación. A tal efecto en la sentencia C-250 de 1996 la Corte precisó que la reversión se distingue claramente de la expropiación por cuanto la reversión ‘está incluida en los contratos de concesión y explotación de los bienes estatales, de manera que quien acepta participar en la licitación para la adjudicación de estos contratos, conoce las condiciones de los mismos, una de las cuales es que la reversión está incluida como cláusula obligatoria en el contrato. Así entonces, al concesionario no se le impone forzosamente la cláusula, por cuanto al momento de la firma del contrato, acepta libre y voluntariamente someterse a las condiciones pactadas en él, una de las cuales es que a la terminación de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, como consecuencia de lo dispuesto por la ley que obliga a incluir dicha cláusula como parte esencial de esta clase de contratos’. Por el contrario, en la expropiación, ‘no existe consentimiento por parte del sujeto expropiado ni acuerdo entre expropiante y expropiado, pues su finalidad es el interés público’. **Precisó la Corte que ‘Siendo entonces la cláusula de reversión de carácter contractual, producto de una norma jurídica y de un pacto libre y voluntario entre las partes que suscriben el convenio, mal podría especularse, como lo hace el actor, que con ello se desconozca la propiedad privada.’**

‘Agregó la Corte en dicha sentencia lo siguiente:

‘Por el contrario, en relación con el contrato de concesión, cuando opera la reversión, no se consolida derecho a compensación alguna en favor del concesionario, existiendo en cabeza de éste una remuneración que se ha ido produciendo en la medida en que el contrato se encuentra en vía de ejecución y desarrollo, lo que le permite amortizar los costos de la inversión.

‘Ahora bien, resulta pertinente manifestar que la presunción de conocimiento de la ley respecto de la cláusula de reversión en los contratos administrativos en lo que hace referencia a la destinación de los bienes que se utilizan en la concesión, permite que exista total claridad en torno a la titularidad última del dominio de dichos bienes, lo que lleva a que el valor respectivo se incluya desde el mismo momento de la presentación de la oferta, de tal manera que el monto de los bienes que se traspasan al Estado se compense desde el mismo momento de la firma del contrato.

**‘No hay duda, pues, conforme a lo anterior, que la intención del legislador en la norma acusada no fue la de consagrar una expropiación sin indemnización, sino por el contrario, erigir un instituto propio de la naturaleza de los contratos de concesión o explotación de bienes estatales, que persigue mantener la continuidad del servicio público al momento de la extinción del contrato.’ (Se subraya).<sup>268</sup>**

“Como se puede apreciar, son del todo contundentes los citados precedentes jurisprudenciales en materia de reversión que obligan como cláusula de la esencia de los contratos de concesión, a devolver en favor del Estado y sin costo alguno, la totalidad de los elementos, bienes, equipos e infraestructuras afectados a la prestación del servicio, tal y como se solicita en la presente demanda de reconvención, por lo que se solicita a los Honorables Árbitros que se concedan las referidas pretensiones.”

---

<sup>268</sup> Nota de pie de página de la reforma de la demanda de reconvención: “<sup>7</sup> Laudo de 25 de julio de 2017. Tribunal Arbitral integrado por los doctores Juan Pablo Cárdenas Mejía, María Teresa Palacio Jaramillo, Jorge Pinzón Sánchez. Centro de Arbitraje. Cámara de Comercio de Bogotá.”



## 5.2. La oposición formulada por la Parte Convocada en Reconvencción

La Parte Convocante y Convocada en Reconvencción se opuso a la pretensión sexta de la demanda de reconvencción por cuanto, dijo, el Modelo Financiero no incluye la descripción e identificación de vehículo alguno y porque, además, el texto de las estipulaciones contractuales excluye a los vehículos del listado de bienes revertibles. A su vez, señaló que no siendo plausible la sexta principal, la séptima principal que es consecuencial de la anterior, carece de sustento.

En relación con los hechos que le sirven de causa a estas pretensiones descritos en la demanda de reconvencción, la Parte Convocante y Convocada en Reconvencción señaló que el Pliego de Condiciones señala lo transcrito por la Convocada pero debe advertirse que el aparte transcrito debe leerse y entenderse de manera armónica con los demás apartes del Pliego de Condiciones y complementarios documentos contractuales; que si bien lo transcrito resulta inane en frente de las estipulaciones contractuales que conforman el Contrato 0664 de 1994, en cuanto al texto mismo se atendería a lo que resulte del cotejamiento de lo inserto en la Demanda de Reconvencción con el Reglamento mismo.

Frente a los hechos formulados en la demanda de reconvencción, la Parte Convocante y Convocada en reconvencción formuló los siguientes hechos exceptivos:

### “6.- El Acta de reversión

“Reza el Acuerdo Primero en sus Parágrafos Tercero y Cuarto lo siguiente:

**‘PARAGRAFO TERCERO-** Respecto de los vehículos consistentes en: a.) Seis (6) Camionetas, b) Una (1) ambulancia, c) Una (1) Grúa, c) [Sic] Un (1) Carro taller y d) Ocho (8) motocicletas, la Interventoría y la ANI solicitaron al Concesionario la reversión y consecuente entrega de los mismos, dado que se confirmó por parte de la Interventoría Consorcio ICITY, que están incluidos dentro del modelo financiero y por lo tanto fueron amortizados con los recursos contractuales, situación que en todo caso será definida en la Liquidación del Contrato de Concesión No. 0664 de 1994, o en la instancia que corresponda.

**‘PARÁGRAFO CUARTO-** El Concesionario manifiesta al respecto que de conformidad con lo consignado en la Cláusula VIGÉSIMA SEXTA – ENTREGA FINAL, del contrato de Concesión No. 0664 de 1994, que prevé: ‘(...) No obstante, el INSTITUTO al vencimiento del periodo de operación, podrá comprar a LA UNIÓN TEMPORAL CONCESIONARIA, los bienes muebles o inmuebles distintos a los enumerados en el párrafo anterior, que sean necesarios para la operación del proyecto. En los que se incluyen: plantas de asfalto, trituradoras, maquinaria de construcción, vehículos y campamentos. (...)’ (Subraya fuera de texto), los vehículos de que trata el parágrafo tercero del [Sic] cláusula primera del Acta de Reversión y Entrega, correspondientes a: a) Seis vehículos (Camionetas), b) Una (1) ambulancia, c) Una (1) Grúa, d) Un (1) Carro taller, y, e) ocho (8) motocicletas; no son objeto de reversión, toda vez que de conformidad con lo previsto en la citada previsión contractual, deben ser objeto de adquisición por la entidad contratante en caso de estar esta última en su compra. Además, de acuerdo con la cláusula 3.B.5.-Inspección de Tráfico – del Reglamento para la Operación del proyecto, la Unión Temporal DEVINORTE únicamente debía contar con (1) vehículo de inspección.’

“Como se deduce de lo transcrito el Acta refleja absoluto acuerdo sobre los bienes (en sentido lato) revertibles y tan solo refleja discrepancia en relación con unos pocos de ellos como se concreta en las posiciones unilaterales vertidas bajo los Parágrafos Tercero y Cuarto del Acuerdo Primero del Acta de Reversión.

“Empero, nada mejor para dilucidar la discrepancia expuesta por las Partes con ocasión de la firma del Acto de Reversión que lo estipulado entre las mismas a voces de la **CLÁUSULA VIGÉSIMA SEXTA** del Contrato de Concesión que habla por sí sola al sentenciar lo destacado de ella:

**‘CLÁUSULA VIGESIMA SEXTA. ENTREGA FINAL.** Al vencimiento de la etapa de operación, los bienes afectados a la concesión del proyecto, en los que se incluyen: **los predios para la zona de carretera, la obra civil, calzadas, separadores, intersecciones, estructuras, obras de drenaje, obras de arte y señales, las casetas de peaje y sus áreas de servicio y los equipos instalados para la operación del proyecto, revertirán en favor del INSTITUTO, sin**

*costo alguno, libres de todo gravamen y con un nivel de servicio que alcance una calificación mínima de 4.0 puntos, de acuerdo con las 'Normas de Mantenimiento para Carreteras Concesionadas', que forman parte del pliego de condiciones. **No obstante el INSTITUTO al vencimiento del periodo de operación, podrá comprar a LA UNIÓN TEMPORAL CONCESIONARIA, los bienes muebles o inmuebles distintos a los enumerados en el párrafo anterior, que sean necesarios para la operación del proyecto. En los que se incluyen: plantas de asfalto, trituradoras, maquinaria de construcción, vehículos y campamentos. (...)***

Como complemento de lo anterior, en relación con las pretensiones objeto de análisis, la Parte Convocante y Convocada en reconvencción formuló las siguientes excepciones:

**“V.4.- CUMPLIMIENTO CABAL DE LA OBLIGACIÓN DE REVERSIÓN DE LOS BIENES AFECTOS AL PROYECTO EJECUTADO COMO RESULTAS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 0664 DE 1994.**

“Nos oponemos a lo pretendido por la Agencia en relación con la reversión de los activos que relaciona en su demanda por cuanto los mismos exceden los fijados en la Cláusula Vigésima Sexta del Contrato de Concesión No. 0664 de 1994 como posteriormente lo explayaremos que a la letra dice:

*‘CLAUSULA VIGESIMA SEXTA. ENTREGA FINAL. Al vencimiento de la etapa de operación, los bienes afectados a la concesión del proyecto, en los que se incluyen: los predios para la zona de carretera, la obra civil, calzadas, separadores, intersecciones, estructuras, obras de drenaje, obras de arte y señales, las casetas de peaje y sus áreas de servicio y los equipos instalados para la operación del proyecto, revertirán en favor del INSTITUTO, sin costo alguno, libres de todo gravamen y con un nivel de servicio que alcance una calificación mínima de 4.0 puntos, de acuerdo con las 'Normas de Mantenimiento para Carreteras Concesionadas', que forman parte del pliego de condiciones. **No obstante el INSTITUTO al vencimiento del periodo de operación, podrá comprar a LA UNION TEMPORAL CONCESIONARIA, los bienes muebles o inmuebles distintos a los enumerados en el párrafo anterior, que sean necesarios para la operación del proyecto. En los que se incluyen: plantas de asfalto, trituradoras, maquinaria de construcción, vehículos y campamentos. De igual forma, reconocerá las mejoras realizadas sobre los predios que conforman la zona de carretera para la instalación de los servicios complementarios que hayan sido autorizados por el INSTITUTO. Las mejoras estarán representadas en construcción de mampostería y cubierta dura. El reconocimiento de las mejoras estará precedido por acta en la que común acuerdo, se fije el valor de las mismas y la forma de pago. LA UNION TEMPORAL CONCESIONARIA, si así lo quisiera, podrá solicitar la ampliación o prórroga de la concesión para la explotación de los servicios complementarios que se hayan instalado. El INSTITUTO, dentro de las normas legales y si lo estima conveniente autorizará esta ampliación.***

“La oposición que aquí se hace se fundamenta además en lo establecido en la Cláusula Segunda del Contrato de Concesión en cita, que impone que las condiciones expresadas en el Contrato prevalecen sobre cualquiera otra enunciada en los demás documentos contractuales. Atraemos la mencionada Cláusula en su tenor literal, destacando el aparte que obliga a que las condiciones del Contrato suscrito sean sobrepuestas al contenido de cualquier otro documento contractual. Dice la Cláusula:

***CLAUSULA SEGUNDA. DOCUMENTOS DEL CONTRATO.*** Además de los documentos de la licitación establecidos en el numeral 1.3 del pliego de condiciones, son documentos complementarios de este contrato los siguientes: - El pliego de condiciones de la licitación y sus adendas. - La propuesta de LA UNION TEMPORAL CONCESIONARIA y sus aclaraciones. - El anteproyecto y demás información técnica suministrada por el INSTITUTO. - El diseño para construcción, elaborado por LA UNION TEMPORAL CONCESIONARIA durante de la etapa de Diseño y Programación. - El contrato de constitución de Unión temporal suscrito por los miembros que la integran. - Los contratos que se suscriban para la obtención de las garantías exigidas. - El contrato de Fiducia Mercantil que se suscriba para el manejo de los recursos del contrato. - Las actas o convenios que se suscriban durante la vigencia del contrato. - La ley 80 de 1993 y sus normas reglamentarias y complementarias. - La ley 105 de 1993 y sus normas reglamentarias. - La resolución de adjudicación. - El reglamento para la operación de la Carretera, anexo a este contrato. - Los demás documentos constitutivos del proyecto. - el manual sobre dispositivos para el control del Tránsito en Calles y Carreteras del antiguo Ministerio de Obras Públicas y Transporte edición 1992, y demás normas que lo complementen, modifiquen o reemplacen. - Las autorizaciones de las correspondencias Juntas Directivas a los respectivos representantes legales. **Las condiciones expresadas en el presente contrato, prevalecen sobre aquellas de cualquier otro documento que forme parte del mismo.**

*Sujeto a lo anterior, los demás documentos deben entenderse como explicativos, pero en caso de ambigüedades o discrepancias deben ser interpretados por el INSTITUTO sin perjuicio de los recursos administrativos a que haya lugar.*

“Además de lo anterior debe decirse que la Reversión y Entrega de la Infraestructura Vial y los bienes destinados al Contrato de Concesión No. 0664 de 1994 se surtió el día 30 de noviembre de 2017 a las 23:59 horas entre la Agencia y la Unión Temporal Devinorte mediante la suscripción de un Acta en la que se hicieron constar todos y cada uno de los activos objeto de reversión quedando pendiente por resolverse exclusivamente la situación sobre la reversión de los bienes enlistados en los Parágrafos tercero y cuarto del primer acuerdo del Acta suscrita por cuanto para la ANI y la Interventoría del Proyecto dichos bienes son objeto de reversión en tanto para el Concesionario éstos no lo son a la sazón de lo establecido en la Cláusula Vigésima Sexta del Contrato de Concesión No. 0664 de 1994.

“Ésta excepción se contrae al hecho de estar demostrado que todos y cada uno de los bienes revertibles a la ANI, por estar afectos al proyecto ejecutado en virtud del Contrato de Concesión 0664 de 1994, ya lo fueron el día 30 de noviembre de 2017 luego de que fueran debidamente inventariados e identificados por las Partes como paso previo al levantamiento del Acta mediante la cual se surtió la mencionada reversión.

“Se discute por parte de la ANI, y así se hizo constar en el Acta de Reversión, que algunos vehículos de propiedad de la Concesionaria deberían ser incluidos dentro del conjunto de bienes revertibles a la Nación afirmando respecto de ello lo siguiente:

**PARAGRAFO TERCERO-** *Respecto de los vehículos consistentes en: a.) Seis (6) Camionetas, b) Una (1) ambulancia, c) Una (1) Grúa, c) [Sic] Un (1) Carro taller y d) Ocho (8) motocicletas, la Interventoría y la ANI solicitaron al Concesionario la reversión y consecuente entrega de los mismos, **dado que se confirmó por parte de la Interventoría Consorcio ICITY, que están incluidos dentro del modelo financiero y por lo tanto fueron amortizados con los recursos contractuales**, situación que en todo caso será definida en la Liquidación del Contrato de Concesión No. 0664 de 1994, o en la instancia que corresponda.*

“Sin embargo dicha posición o alegación decae al ser confrontada con la expuesta por la Concesionaria en la misma Acta de Reversión por cuanto lo planteado por la ANI contradice en un todo lo establecido en el propio Contrato de Concesión, que es el documento que prima por sobre cualquier otro documento contractual en virtud de lo establecido en su **CLÁUSULA SEGUNDA**, dado que en la **CLÁUSULA VIGÉSIMA SEXTA** del mencionado Contrato 0664 de 1994 se dejó claramente establecido que **los vehículos eran de propiedad de la Concesionaria y que por tal razón la entidad a la finalización del contrato se encontraría habilitada para adquirirlos mediante su compra** siendo ésta la única posibilidad para que ella se hiciera a la titularidad del derecho de dominio sobre dichos bienes. Lo anterior fue expuesto por la Concesionaria y consignado en el Acta de Reversión en los siguientes términos:

**PARÁGRAFO CUARTO-** *El Concesionario manifiesta al respecto que de conformidad con lo consignado en la Cláusula VIGÉSIMA SEXTA – ENTREGA FINAL, del Contrato de Concesión No. 0664 de 1994, que prevé: (...) No obstante, el INSTITUTO al vencimiento del periodo de operación, podrá comprar a LA UNIÓN TEMPORAL CONCESIONARIA, los bienes muebles o inmuebles distintos a los enumerados en el párrafo anterior, que sean necesarios para la operación del proyecto. En los que se incluyen: plantas de asfalto, trituradoras, maquinaria de construcción, **vehículos** y campamentos. (...)’ (Subraya fuera de texto), los vehículos de que trata el parágrafo tercero del [Sic] cláusula primera del Acta de Reversión y Entrega, correspondientes a: a) Seis vehículos (Camionetas), b) Una (1) ambulancia, c) Una (1) Grúa, d) Un (1) Carro taller, y, e) ocho (8) motocicletas; no son objeto de reversión, toda vez que de conformidad con lo previsto en la citada previsión contractual, deben ser objeto de adquisición por la entidad contratante en caso de estar esta última en su compra. Además, de acuerdo con la cláusula 3.B.5.-Inspección de Tráfico – del Reglamento para la Operación del proyecto, la Unión Temporal DEVINORTE únicamente debía contar con (1) vehículo de inspección.*

“Así para las Convocantes es claro que la totalidad de los bienes propiedad de la Nación afectos al Proyecto de Concesión derivado del Contrato 0664 de 1994 ya fueron entregados a la ANI, según consta en el Acta de Reversión, en tanto que los bienes de propiedad de la Concesionaria, en

específico, los vehículos cuya entrega reclama la ANI, no fueron ni serán entregados a la Entidad por las razones expuestas en antes que no son caprichosas sino emanadas del propio Contrato.

“Con ocasión de los alegatos de conclusión nos extenderemos en los razonamientos acerca de los contratos como ley para las partes, la primacía del contrato en frente de cualquier otro documento que pregona su mismo texto, y, en general, otras elucubraciones jurídicas en derredor de la obligación que pesa en cabeza de la Concesionaria.

#### **“V.5.- ACERCA DE LA INTERPRETACIÓN DE LAS ESTIPULACIONES CONTRACTUALES – INTERPRETACIÓN EN FAVOR DEL DEUDOR**

“Esta excepción se dirige a apoyar la expuesta en las líneas inmediatamente anteriores pues si en gracia de discusión se aceptara que otros documentos distintos del Contrato de Concesión No. 0664 de 1994 enlistaron bienes revertibles distintos de los consagrados en el mencionado Contrato se abre paso entonces la aplicación de la regla de interpretación de los Contratos contenida en el artículo 1624 del Código Civil según el cual: *‘No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor. Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.’*

“Siendo claro y verdadero que los Pliegos de Condiciones y el Contrato de Concesión fueron contruidos en su integridad por el Instituto Nacional de Vías (Entidad Concedente inicial) todas las estipulaciones contenidas en dichos documentos que resulten ambiguas o ininteligibles por virtud de la regla antes mencionada deben ser interpretadas en favor del Concesionario quien en la relación contractual exhibe la condición de deudor.”

### **5.3. El Concepto de la Señora Agente del Ministerio Público**

La Señora Agente del Ministerio Publico advierte que se debe determinar “si las DEMANDANTE y DEMANDADAS EN RECONVENCIÓN se obligaron a revertir a favor de la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI- sin costo alguno, la totalidad de los vehículos que están incluidos dentro del modelo financiero del Laudo Arbitral del Contrato de Concesión No. 0664 de 1994, por haber sido amortizados con los recursos contractuales, y si ya han cumplido parcial o totalmente con dicha obligación”.

Precisa inicialmente que sobre esta materia ni en el Pliego de Condiciones de la Licitación 005 de 1994 ni en la propuesta de la futura UT Devinorte se hizo manifestación acerca de la reversión de bienes a la terminación del Contrato y que fue la cláusula Vigésima Sexta de éste, la que se ocupó de regular el tema.

Considera el Ministerio Público que se probó en este proceso que en el Acuerdo Conciliatorio de 30 de octubre de 2015 las parte “convinieron la entrega por parte del Concesionario, de dos (2) camiones recolectores compactadores”.

Se estudia a continuación el Acta de Entrega o de Reversión de los Bienes Concesionados de 30 de noviembre de 2017, mediante la cual la UT Devinorte hizo entrega formal a la ANI de la infraestructura física del corredor vial concesionado. Advierte que en ésta se encuentran “incluidas obras de drenaje, cunetas, muros, filtros, señalización horizontal, y vertical, ciclo ruta, los elementos y equipos de las estaciones de pesaje y de peajes, el Centro de Control de Operaciones, 22 puentes vehiculares, 20 puentes peatonales, 79 paraderos y dos (2) carros compactadores de basura” manifestó por la ANI, “que en relación con los vehículos inventariados: 6 camionetas, 1 ambulancia, 1 grúa, un carro-taller, 8 motocicletas, “...la Interventoría y la ANI solicitaron al Concesionario la reversión y consecuente entrega de los mismos, dado que se confirmó por parte de la interventoría Consorcio ICITY, que están incluidos dentro del modelo financiero y por lo tanto fueron amortizados con los recursos contractuales, situación que en todo caso será definida en la Liquidación del Contrato de Concesión No. 0664 de 1994, o en la instancia que

corresponda.” Y que, en respuesta, el Concesionario citó lo consignado en la Cláusula Vigésima Sexta para afirmar que los bienes reclamados “no son objeto de reversión, toda vez que de conformidad con lo previsto en la citada previsión contractual, deben ser objeto de adquisición por parte de la entidad contratante en caso de estar interesada esta última en su compra”.

Para el Ministerio Público el texto de la Cláusula Vigésima Sexta no ofrece ninguna duda u oscuridad, y la controversia, en su criterio, “no surge de una interpretación equivocada de la Cláusula, sino de la imposibilidad de aplicarla frente al mandato imperativo del legislador, contenido en el artículo 19 de la Ley 80 de 1993, norma de orden público de aplicación obligatoria, frente a la cual no era posible pactar en contrario”.

En efecto, agrega que la norma citada “contiene un mandato imperativo respecto de las concesiones de bienes, contra la cual no puede prevalecer un acuerdo contrario de las partes. Aún más, en la medida en que en los contratos de concesión de bienes la inclusión de la cláusula de reversión de la totalidad de los bienes y elementos afectados a la concesión sin compensación alguna, constituye un mandato de obligatoria observancia, se erige como un elemento de la esencia de esta clase de contratos, de tal manera, que si se omite la respectiva cláusula con el contenido de la ley, debe entenderse incluida en el contrato.”

En consecuencia, dice el Ministerio Público, la Cláusula Vigésima Sexta del Contrato “aparece **MANIFIESTAMENTE** contraria y violatoria de normas de imperativo cumplimiento, al contener por convenio de las partes, una reversión de bienes diferente a la ordenada en el artículo 19 de la Ley 80 de 1993”, razón por la cual, por contravenir el derecho público de la Nación, según las voces del artículo 1519 del Código Civil, genera nulidad absoluta, que pide al Tribunal reconocer en forma parcial, respecto de la mencionada cláusula, lo que impone que la controversia se resuelva “dando estricta aplicación al artículo 19 de la Ley 80 de 1993.”

Agrega que, “si el H. Tribunal llegare a considerar que no es competente para declarar la nulidad de la Cláusula VIGÉSIMA SEXTA del Contrato de Concesión 0664 de 1994, o que no se configura la nulidad absoluta de la misma por objeto ilícito, con fundamento en lo expuesto, se impone considerar incluida en el Contrato de Concesión 0664 de 1994, una cláusula de reversión en el sentido indicado en el artículo 19 de la Ley 80 de 1993, que naturalmente choca con el contenido de la Cláusula VIGÉSIMA SEXTA del mismo, y que por corresponder al mandato imperativo del artículo 19 de la Ley 80 de 1993, tantas veces citado, debe prevalecer frente a lo acordado por las partes, para efectos de la resolución de la controversia que surgió entre ellas en relación con la reversión de los bienes objeto de la concesión, máxime si se tiene en cuenta que en el proceso se demostró a través del dictamen financiero rendido por CAPITALCORP, que los vehículos reclamados por la entidad CONVOCADA estaban afectados y continúan afectados a la Concesión, dado que se incluyeron en el Modelo Financiero y su valor se encuentra totalmente amortizado.”

Por lo expuesto, el Ministerio Público solicita se declare “que las DEMANDANTES y la UT DEVINORTE han incumplido la obligación de revertir a la ANI la totalidad de los vehículos afectados a la Concesión Vial del Norte de Bogotá”.

#### 5.4. Consideraciones del Tribunal

##### 5.4.1. Consideraciones generales normativas y jurisprudenciales sobre la figura jurídica de la reversión y su aplicación en el caso concreto

###### 5.4.1.1. El problema jurídico

Sea lo primero, ordenar los tópicos que planteados en la demanda, en la reforma de la demanda de reconvencción y en sus correspondientes contestaciones, deben ser resueltos, en relación con la cláusula de reversión.

#### **5.4.1.2. La Cláusula de Reversión en los Contratos de Concesión**

La aproximación teórica a esta Cláusula implica el conocimiento de su génesis en la ley y en la jurisprudencia, teniendo en cuenta que se involucra dentro del marco de la contratación pública y particularmente en el Contrato de Concesión, con el cual constituyen conjuntamente un universo jurídico que debe ser tenido en cuenta por el intérprete a la hora de su discernimiento y aplicación práctica.

El artículo 19 de la Ley 180 de 1993, pretendido Estatuto de la Contratación Pública, dispone que “en los contratos de explotación o concesión de bienes estatales se pactará que, al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello esta deba efectuar compensación alguna”.

La lectura de la disposición transcrita sugiere varias posturas interpretativas y, por lo mismo, corresponde al intérprete fijar su alcance y aplicarla dentro de la situación contractual específica.

Varias son las posibilidades que se abren al operador jurídico. La primera, consiste en calificarla como de orden público y, por tanto, inderogable y de obligatoria inclusión en los contratos. La segunda, implica una distinción en cuanto la obligatoriedad de la norma fuese para los elementos y bienes directamente afectados, con exclusión de los demás. La tercera vía consiste en el avenimiento con el reglamento que a la reversión se ha venido otorgando por cuenta del Legislador con la adopción de normas especiales para la reversión según el campo o materia contratada, obra pública, servicios tales como la radiotelefonía en el cual se involucra el espectro electromagnético.

Para comenzar es conveniente detenerse en la denominación genérica del fenómeno jurídico, denominado “reversión”. Sugiere devolución, retorno, regreso al estado anterior y en el campo jurídico reintegro o integración a un patrimonio. Pues bien, en rigor los bienes de los que se predica la reversión dada su naturaleza de bienes públicos, no habiendo podido salir de su órbita jurídica, tampoco puede decirse con propiedad que se adquieren así sea sin compensación y, por la misma razón, revierten en sentido estricto. Y tratándose de bienes nuevos, generados por la ejecución contractual, que nunca fueron de nadie porque no existían antes de la ejecución del contrato, debieran ser tratados como bienes futuros y tampoco revierten pues serán de quien según el pacto contractual haya de ser su titular. El pacto de reversión debe precisar la diferencia entre los bienes “entregados”, los bienes nuevos generados y los bienes necesarios o afectos para el aseguramiento de la prestación del servicio que dio lugar al contrato de concesión.

Hay pues necesidad de anotar que según la naturaleza de los bienes podrán ser objeto de pacto y que en desarrollo de lo pactado también podrá precisarse respecto su destino futuro.

No hay duda respecto del terreno sobre el cual existe una vía, entregada al concesionario para su intervención, explotación y administración, ella deberá seguir su destino natural cual corresponde a un bien público y con pacto o no de reversión, así será. Lo propio respecto de los “bienes nuevos” vinculados directamente, y necesarios para la operación del servicio concesionado. Las acequias y obras de arte se incorporan a la vía, los inmuebles como casetas de peaje se incorporan al bien principal; en cambio los “bienes nuevos” que no tienen tal virtud de necesidad pueden ser objeto de exclusión mediante pacto expreso y no habrá confusión respecto de éstos si, además de la voluntad manifiesta, se evidencia la fuente de los recursos para su adquisición.

Históricamente la reversión así llamada respondía al otorgamiento de una “gracia” dispensada por el Estado con ocasión de un permiso o licencia o concesión para la explotación de bienes de diversa índole como minas extractivas o espacios para ocupar y explotar o ante la necesidad de la construcción de obras públicas o la prestación de servicios y de allí su inclusión, por mandato de la ley, como una contraprestación sugerida por la conmutatividad contractual.

La concesión fue tomando contornos de verdadero negocio jurídico cada vez más definido por las realidades económicas y la práctica jurídica. En efecto, como se sabe, la sucesión de generaciones concesionales denotan el perfeccionamiento de las cláusulas regulatorias y las normas que fijan los criterios en el legislador en la materia. El Derecho Administrativo y la jurisprudencia generada en torno suyo han moldeado pretorianamente la regulación para asegurar soluciones que técnica, jurídica y económicamente interpreten con fidelidad el fin del contrato y con él el de la cláusula de reversión y con él el objetivo práctico y social del negocio. Así mismo, el modelo financiero ha venido a incorporarse en los contratos de concesión como un elemento estructural de su economía, parte fundamental en su estructura e impone a las Partes la atención que merecen las cargas negociales como la de diligencia, que se traduce en la necesidad de formular cálculos, proyecciones y previsiones financieras dentro de las cuales se ejecutará el contrato preservando el equilibrio financiero pues se trata de un negocio conmutativo donde las dos Partes conocen previamente factores como la estructura de capital, el programa de inversiones, identifican las fuentes de financiación, las posibilidades de retorno (TIR) y el futuro del inventario general de los bienes afectos originarios o nuevos vinculados a la concesión.

Cuando el texto de la cláusula no sea claro y ofrezca dudas también puede acudir a las reglas interpretativas generales de ley o a las que convengan en la práctica comercial entre las mismas partes. La jurisprudencia ha señalado, adicionalmente, que la duda ha de resolverse a favor del concesionario, pero solo procederá si subsiste a pesar de tenerse en cuenta otras ayudas para el cabal entendimiento del pacto.

El concepto de “instalación”, es limitante por cuanto se le confiere un alcance significativo de la ubicación física del bien de cuya reversión se trata. Todos los bienes no son susceptibles de radicación física como los inmateriales o tecnológicos (software) y otros de naturaleza material aunque necesarios y útiles al servicio resultarían susceptibles de exclusión sólo por su portabilidad, y ese no es el espíritu de la ley pues no se entrega y recibe una obra sino una empresa en funcionamiento para la prestación de un servicio público en la cual los instrumentos apropiados para el normal desempeño constituyen parte de su integridad. Al menos en las concesiones para la prestación de servicios.

La voluntad expresada por los contratantes denota el común acuerdo en formular excepciones a la regla y su designio de pactarlas como lo manifiestan, pero dentro del marco legalmente permitido no pudiendo excepcionar, por ejemplo, como ya se dijo, ni la vía misma ni los bienes que por naturaleza y destinación y necesidad son consustanciales al servicio, tales como los de control de tráfico, atención a accidentes y vigilancia en la ruta, para lo cual se requieren elementos adecuados de transporte. Estos elementos hacen parte funcional de la concesión y sin ellos sería imposible cumplir cabalmente.

Sobre el particular la Corte Constitucional en la sentencia C-555 del 22 de agosto de 2013, en el expediente D-9470 con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 4 de la Ley 422 de 1998 y del artículo 68 de la Ley 134 de 1991, efectuó un estudio significativo sobre la cláusula de reversión, entre otros temas.

Con ocasión del juicio de constitucionalidad y respecto de los contratos celebrados con anterioridad a la normatividad vigente para ese momento, la H. Corte hizo consideraciones sobre la reversión, que son ilustrativas en el caso presente y por ello el Tribunal las reproduce en este Laudo, así:

*“A juicio de la Corte, la decisión de excluir de la reversión los bienes afectos al servicio de telecomunicaciones, para ordenar solo la devolución de las frecuencias radioeléctricas, en principio, persigue un fin legítimo en tanto puede incentivar la participación en los procesos licitatorios. Sin embargo, el Tribunal advierte que la exequibilidad del enunciado legal comporta una posibilidad interpretativa contraria a la Constitución. Si bien es cierto que la reversión, tal y como es regulada en las normas demandadas, es en principio constitucional, no lo es una interpretación de las mismas en el sentido de que autorizan modificar las cláusulas de reversión pactadas en los contratos de concesión suscritos antes de su entrada en vigencia, para entender que solo revertirán al Estado las frecuencias radioeléctricas, con exclusión de los demás elementos y bienes directamente afectados a la prestación del servicio. (...) // La Corte considera que no es inconstitucional la reversión tal como la establecen las normas demandadas; lo que resulta inconstitucional es su interpretación en el sentido de que ellas modifican las cláusulas de reversión pactadas antes de su entrada en vigencia. (...) // La Corte precisa que quienes celebraron contratos de concesión antes de la entrada en vigor de la ley acusada no pueden alegar ahora que obligarlos a entregar los bienes supondría un detrimento injusto de sus intereses, porque en su momento, cuando los suscribieron, tuvieron oportunidad de incluir en sus estudios financieros la amortización de los bienes usados en la concesión, como ya lo señaló en la sentencia C-300/12. Para el Tribunal Constitucional, la liquidación de los pactos aludidos, comportaría para los concesionarios, bien la obligación de devolver las frecuencias, los bienes e infraestructura afectos a la prestación del servicio, conforme a los artículos 14 y 15 del Decreto 1900 de 1990 y demás normas que regían o estaban vigentes al momento de su celebración y, las que sirvieron como base para estimar la ecuación financiera de tales contratos, o bien, en su defecto, su equivalente económico. (...) // No se ignora que el legislador puede modificar las condiciones del contrato, incluida la propia cláusula de reversión, pero siempre y cuando ello apunte a la satisfacción del interés público, a cuya protección el Estado no puede renunciar, lo que no ocurriría en esta oportunidad, si se dejara vigente el entendimiento cuestionado. // Finalmente, se trata de preservar el equilibrio contractual, el cual no se vería afectado al conservar íntegras las cláusulas de reversión inicialmente pactadas porque, como se ha explicado, aquellos contratistas tuvieron la oportunidad de hacer los cálculos amortizatorios para recuperar la inversión de los bienes y elementos necesarios para el cumplimiento del servicio. // Diferente es la situación de quienes suscribieron contratos con posterioridad a las leyes cuestionadas, porque lo hicieron con la confianza del ordenamiento existente y obran a su favor la buena fe y la seguridad jurídica. Estos contratistas no estaban en la obligación de calcular la amortización de los bienes dispuestos para el servicio, ya que por mandato legal la reversión solo operaba respecto de las frecuencias del espectro electromagnético. Por el contrario, quienes previamente tuvieron oportunidad de hacer tales cálculos, y recuperar la inversión durante la ejecución del contrato, deben regirse por las condiciones contractuales inicialmente pactadas”.*

La exposición en concreto no versa sobre la inconstitucionalidad de la reversión, sino sobre la interpretación que se haga del artículo 19. En criterio de la Corte es lícito el pacto relativo a la reversión y adopta para su interpretación el criterio finalístico en cuanto al objetivo del contrato y, aboga por que la interpretación que de la cláusula se haga no sea en contra de la Constitución. Reafirma la posibilidad del pacto con sujeción a la ley vigente a la fecha de la contratación. Reitera que no es inconstitucional la cláusula de reversión como ya lo había dicho en la Sentencia C-312- en tanto que lo inconstitucional o contrario al ordenamiento pudiere ser la interpretación que de ella se haga. Acude adicionalmente al principio de la buena fe y a la autonomía de las partes como soporte para la validación de la cláusula de reversión.

Para resolver, la Corte razonó en los puntos concretos del siguiente modo:

***“6. La regulación de la cláusula de reversión en la Contratación Estatal***

*(...)*

*“Previo a establecer algunas consideraciones que la Sala estima capitales en la resolución del asunto en estudio, resulta indispensable aclarar frente algunas posturas consignadas en las intervenciones que la constitucionalidad de la normatividad de rango legal, es un asunto de la competencia de esta Corte, en tanto que por las vías jurídicas establecidas en el ordenamiento, llegue a su conocimiento su análisis.*

*“Entender que la regulación de la cláusula de reversión, contenida en las disposiciones expedidas por el legislador, no es un asunto de carácter constitucional, dado que no aparece estipulación específica sobre tal tema en el Texto Superior, obedece a una peculiar forma de razonar, según la cual, solo son cuestiones constitucionales aquellas que tienen regulación específica en la Constitución. Considera la Corte que, toda la normatividad emanada del legislador, puede ser valorada por el Tribunal Constitucional dado que sus contenidos, sin utilizar un lenguaje similar al del constituyente o sin referirse expresamente a contenidos constitucionales, pueden quebrantar los mandatos superiores y, en tal circunstancia,*



*corresponde a esta Corte cumplir con su deber de guardián de la integridad y supremacía de lo consagrado en la Carta. Actuar de un modo diferente por parte del Tribunal Constitucional, significaría desconocer sus deberes constitucionales.*

*“La defensa de los contenidos emanados del legislador, no se hace pretendiendo evadir el control del Juez Constitucional, lo adecuado, es argumentar a favor de lo establecido en la Ley, mostrando que los enunciados legales se ajustan a la Carta.*

*“Sentada la premisa antecedente, procede la Sala a establecer algunos considerandos relevantes en lo que atañe a la reversión, en el marco de la contratación estatal y, que se observa, resultan necesarios para la decisión de fondo.*

*“Inicialmente, es oportuno advertir que la Ley colombiana ha regulado la reversión de diversas maneras y para diversos sectores de la contratación estatal. Por su parte, esta Corporación ha caracterizado y, se ha referido en otras ocasiones a la citada cláusula como un elemento importante de los contratos administrativos. A su turno, la jurisdicción contencioso-administrativa y la doctrina han hecho lo de su resorte. Por ello y, en aras de la claridad expositiva, se seccionará este apartado en acápite que aludirán cada uno de los asuntos anotados”.*

*“Y más adelante agregó:*

#### ***“6.2 Las características de la cláusula de reversión en la jurisprudencia de la Corte***

*“Esta Corporación, ha tenido oportunidad de referirse a la figura jurídica en estudio. Para tal efecto, resulta paradigmática la sentencia C-250 de 1996 M.P. Herrera Vergara, donde la Corte declaró exequible el artículo 19 de la Ley 80 de 1993<sup>269</sup>, que fue demandado argumentando que la reversión sin compensación económica implicaba una expropiación. En esta ocasión se afirmó que la cláusula de reversión constituye un elemento ínsito del contrato de concesión, y los argumentos que se ofrecen apuntan precisamente a justificarla con razones de orden constitucional, ligadas a la garantía de la adecuada prestación del servicio público y de la prevalencia del interés general. En este pronunciamiento se sostuvo que:*

*‘g) Dada la naturaleza especial del contrato de concesión, **existen unas cláusulas que son de la esencia del contrato, como la de reversión,** que aunque no se pacten en forma expresa, deben entenderse ínsitas en el mismo contrato. (subrayas fuera de texto)*  
(...)

*‘La reversión implica, pues, por la naturaleza del contrato de concesión, que al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma y colocados por el contratista para la explotación o prestación del servicio, se transfieran por parte del concesionario al Estado -que como es obvio, siempre tendrá la calidad de entidad contratante-, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna.’*

*“Y citando la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993, se transcribía*

***‘Se justifica la gratuidad de la reversión en el hecho de que el contratista calcula la amortización de los bienes que ha dispuesto para la prestación del servicio cuando al celebrar el contrato se pacta lo relativo a su vigencia, de forma tal que a su vencimiento los bienes se encuentran totalmente amortizados.***

*‘En tratándose de la reversión sin compensación, la aplicación de la cláusula debe estar antecedida por una interpretación que armonice tanto el interés público como el derecho de dominio del particular’ (negritas y subrayas fuera de texto).”*

*“Agregaba la Corte:*

*‘Terminado el contrato de concesión, todos los elementos muebles e inmuebles que hacen parte de la empresa, pasarán ipso-facto a ser propiedad de la Nación -o de la entidad oficial contratante- como accesorios a esta y a título de reversión, sin pago de indemnización alguna a favor del contratista.’*

---

<sup>269</sup> Artículo 19. DE LA REVERSION. En los contratos de explotación o concesión de bienes estatales se pactará que, al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna”.

*“Finalmente, se destacaba en el fallo, el arraigo que en la utilidad pública encuentra la cláusula en estudio:*

*‘Esta obligación tiene por objeto permitir que la explotación del yacimiento pueda continuarse cuando el contrato de concesión se extinga, y se fundamenta en razones de utilidad pública, lo que está representado en el hecho de que el beneficiario ya ha obtenido tal cúmulo de utilidades que esos bienes ya se han pagado y que la sociedad tiene derecho a seguir beneficiándose del producto de los minerales.’*

*“En aquella ocasión, esta Sala declaró ajustada la Constitución la cláusula de reversión tal como en su momento lo concibió el legislador en la Ley 80 de 1993.*

*“De manera más reciente la sentencia C-300 de 2012 M.P. Pretelt Chaljub, en la que se declaró la exequibilidad condicionada de una norma que regula las prórrogas de los contratos de concesión de obra pública<sup>270</sup>, recordaba que en jurisprudencia temprana:*

*‘(...)la jurisprudencia constitucional ha precisado que el contrato de concesión, por su finalidad, involucra la cláusula de reversión, así las partes no la pacten. Según esta cláusula, al finalizar el contrato, los elementos y bienes afectados para su desarrollo, se vuelven de propiedad de la entidad contratante, sin necesidad de remuneración adicional (artículos 14.2 y 19 de la ley 80). Por el contrario, antes de que termine el contrato, el concesionario mantiene el control y el derecho de uso de los bienes afectados por el contrato.’*

*“En la misma decisión se advertía respecto del contrato de concesión que:*

*‘(...) en materia de concesiones, los estudios previos deben ser lo más precisos posibles para que (i) los interesados puedan establecer el riesgo y calcular si los flujos del proyecto serán suficientes para cubrir los costos, pagar las deudas y generar una remuneración equitativa durante el plazo pactado; y (ii) las partes puedan establecer el esquema de distribución de riesgos que más se acomode a las características del negocio y las circunstancias en las que se ejecutará<sup>271</sup>. Esta información asegura entonces que el equilibrio económico del contrato no se alterará en perjuicio de los intereses estatales y que, de otro lado, el contrato será ejecutado sin contratiempos en beneficio de la comunidad destinataria.(...)’*

*“Este último fragmento jurisprudencial permite observar la relevancia de la ecuación contractual en el contrato de concesión y, advierte el peso de los estudios previos en la conservación del aludido equilibrio financiero.*

### ***“6.3 Algunas consideraciones del Consejo de Estado y la doctrina en torno a la cláusula de reversión***

*“Sobre el punto en estudio, resulta oportuno recordar lo que se ha dicho por parte del máximo juez de lo contencioso administrativo, bien por vía contenciosa o, bien en sede de consulta.*

*“El Consejo de Estado en sentencia de junio 16 de 1994 M.P. Suárez Hernández<sup>272</sup>, resolvió la controversia contractual planteada en contra del Ministerio de Minas y Energía por una empresa cesionaria de un contrato de concesión para la explotación de petróleo y gas. La empresa solicitaba declarar la nulidad de las resoluciones que ordenaron la reversión gratuita al Estado de una planta de gas (refinería) construida por fuera de los límites de la concesión o, en su defecto, condenar a la entidad estatal al pago de la correspondiente indemnización. El Consejo de Estado denegó las pretensiones de la empresa accionante, por considerar aplicables las cláusulas contractuales y la legislación vigente al momento de la suscripción del contrato inicial. En aquella ocasión sostuvo que:*

---

<sup>270</sup> Se demandó el artículo 28, inciso 1°, de la Ley 1150 de 2007, que establecía “En los contratos de concesión de obra pública, podrá haber prórroga o adición hasta por el sesenta por ciento (60%) del plazo estimado, independientemente del monto de la inversión, siempre que se trate de obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado o de la recuperación de la inversión debidamente soportada en estudios técnicos y económicos. Respecto de concesiones viales deberá referirse al mismo corredor vial”. La Corte declaró la exequibilidad condicionada de esta norma, en el entendido que la expresión “obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado”, solamente autoriza la prórroga o adición de obras o actividades excepcional y necesariamente requeridas para cumplir el objeto del contrato inicial.

<sup>271</sup> Se debe recordar que, conforme a la Ley 1150, en concordancia con la Ley 1508, los riesgos deben distribuirse en función de cuál Parte es la más apta para asumirlos.

<sup>272</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente No. 5729, CP. Daniel Suárez Hernández.

*‘Al tenor de lo preceptuado por el art. 1618, del C.C. debe estarse a la intención de los contratantes iniciales, lo cual vincula a los concesionarios del contrato. Esa intención es clara en el sentido de que a la terminación del contrato todos los bienes destinados a la explotación de ese campo, revertirían al Estado. No puede atenerse al tenor literal del contrato en el sentido de que sólo revertirían los bienes que estaban ubicados dentro de los linderos del campo concesionado, por cuanto al momento de celebrarse el contrato inicial el objeto material del mismo sólo lo constituía la exploración y explotación de petróleo, pero a partir de 1961, también debía explotarse gas y para tal efecto se necesitó construir una planta fuera de los límites geográficos del campo, pero que estaba destinada en forma exclusiva a cumplir con las exigencias de la Resolución 0918 de 1961, para poder seguir explotándolo.’*

*“Asimismo señaló:*

*‘(...) debe entenderse que dada la naturaleza especial de este contrato de concesión, **existen unas cláusulas que son de la esencia del contrato, como la reversión, que aunque no se pacten en forma expresa, deben entenderse incitas en el contrato.** Es decir, no era necesario que el Gobierno Nacional y la SHELL CONDOR o la ANTEX OIL firmaran una escritura pública en la que se hiciera constar que la planta construida en Plato, revertiría al Estado Colombiano; y, no era necesario porque es de la esencia del contrato de concesión, la reversión de los bienes destinados a la explotación del campo concesionado.(...).’*

*“Por su parte, mediante concepto N°. 727 de septiembre 08 de 1996 M.P. Osorio Isaça, la Sala de Consulta y Servicio Civil se pronunció frente a una inquietud sobre la aplicabilidad del artículo 74 del Decreto 2655 de 1988 (Código de Minas), que limitó el alcance de la cláusula de reversión en los contratos de concesión de yacimientos minerales en relación con lo establecido en la legislación anterior (Decreto 805 de 1947). Se consultaba si la normatividad aplicable a los contratos suscritos bajo la vigencia del Decreto 805 de 1947 era la establecida en los artículos 106 a 108 de dicho estatuto o si, por el contrario, debía aplicarse el artículo 74 del Decreto 2655 de 1988. En aquella oportunidad, la Sala de Consulta y Servicio Civil sostuvo, como punto de partida, la distinción entre aquellas cláusulas contractuales que conciernen exclusivamente a las garantías financieras del concesionario y aquellas que atañen a la reglamentación del servicio. Señaló que, mientras las primeras no podían ser modificadas de manera unilateral por el Estado, las segundas si podían serlo siempre y cuando estén en juego ‘asuntos de interés público a cuyo manejo el Estado no puede renunciar.’ En tal sentido, sobre el manejo que debe darse a la concesión, sostuvo que:*

*‘(...) siendo ley para las partes los aspectos relativos al negocio que el contrato comporta, los cuales no pueden modificarse unilateralmente por el Estado, **las condiciones del servicio involucran el interés público y por ello permanecen bajo control legal, en la medida en que aquel, entendido como de orden público, constituye la función primordial del Estado a la que este no puede renunciar**’ (negrilla fuera de texto)*

*Y más adelante en el mismo pronunciamiento, a propósito del cambio legislativo que originó la inquietud sometida a consulta, precisó sobre la reversión de los bienes al Estado:*

*‘(...) **la entrega en funcionamiento de los bienes propios de la exploración, explotación y beneficio minero, se apoya sobre dos presupuestos contractuales como son la reversión al dominio del estado (pactada en la legislación anterior) y la facultad de este para vigilar que tal operación se lleve a efecto sin detrimento de los intereses públicos;** ambos son aspectos atinentes a cuestiones universalmente aceptadas como materia de orden público y de exclusiva competencia legal’ (negrilla fuera de texto).*

*“En respuesta a la inquietud formulada en esta ocasión, la Sala de Consulta y Servicio Civil sostuvo que la modificación al alcance de la cláusula de reversión establecida en el artículo 74 del Decreto 2655 de 1988 era aplicable a los contratos suscritos bajo la vigencia de la legislación anterior, pues con ella no se afectaban derechos adquiridos al aplicar ley posterior en remplazo de la vigente en el momento de celebrarse el contrato ni se producía un detrimento del interés público.*

*“Para comprender el alcance de dicho concepto debe considerarse que la modificación introducida a la cláusula de reversión en el artículo 74 del Decreto 2655 de 1988, consistió en reducirla, por regla general, solo para los contratos de concesión de gran minería, señalando que para los contratos de mediana minería y licencias de exploración o explotación (pequeña minería), solo operaría la reversión de bienes cuando a juicio del Ministerio sea necesario conservar las instalaciones fijas y las excavaciones mineras para iniciar un nuevo proyecto. Asimismo señaló que no habría lugar a reversión a favor de la Nación en los aportes. Tales distinciones correspondían al tratamiento diferenciado establecido en dicho Código para*

la pequeña, mediana y gran minería, al igual que para los aportes otorgados a establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado dedicadas a la exploración y explotación mineras. Tratamiento diferenciado que no existía en la regulación establecida en el Decreto 805 de 1947. Así las cosas, la exclusión de los títulos de mediana y pequeña minería, así como de los otorgados a establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado, de la obligación de revertir los bienes al término de la concesión, no implicaba un detrimento del interés público, que en todo caso quedaba a salvo en tanto el Estado se reservaba la posibilidad de reversión respecto de contratos de mediana y licencias de pequeña minería cuando juzgara necesario conservar las instalaciones y excavaciones para iniciar un nuevo proyecto minero. En esos términos, no se veía afectado el interés público a cuyo servicio se pacta la cláusula de reversión y si, en cambio, se establecía un tratamiento diferenciado en favor de la pequeña y mediana minería. Este concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil fue retomado por la Sección Tercera del Consejo de Estado que, mediante providencia de septiembre 06 de 2001 M.P. Hernández Enríquez<sup>273</sup>, señaló in extenso:

*(...) la Sala encuentra necesario precisar algunos aspectos relacionados con la procedencia de la reversión para los contratos celebrados con anterioridad al decreto ley 2655 de 1988.*

*‘Como el artículo 106 del decreto 805 de 1947 dispuso que “al vencimiento del término de duración de estos contratos” operaría la reversión de todos los muebles e inmuebles adquiridos o construidos para la exploración y explotación minera, la medida resulta aplicable a todos los contratos de concesión minera celebrados en vigencia de esa normativa, una vez se dé la terminación del mismo por vencimiento de plazo.*

*‘Si la condición fáctica a que está sometida la reversión, el vencimiento del plazo del contrato de concesión, se produce en vigencia del decreto 805 de 1947, **la nueva reglamentación que sobre la materia introdujo el decreto 2655 de 1988 no afecta esa situación jurídica consolidada.***

***Pero si el vencimiento del plazo del contrato de concesión, que condiciona la efectividad de la reversión, se produjo en vigencia de una nueva disposición que reguló totalmente la materia, deben acatarse las disposiciones que reglamenten aspectos no regulados por la normativa anterior,** fundamentalmente los encaminados a la operatividad de la medida.*

***‘Se tiene entonces que la reversión se aplica al contrato que se estudia, porque así lo dispuso la ley vigente al momento de la celebración del contrato, decreto 805 de 1947; pero ocurre también que las regulaciones particulares que introdujo el decreto ley 2655 de 1988 sobre la materia no le son ajenas al mismo, porque el contrato estaba en ejecución cuando entró a regir esta nueva reglamentación, que llenó espacios normativos que el decreto de 1947 no reguló.***

***‘Además de lo anterior la Sala precisa que en el caso concreto, sea cual fuere el régimen legal que se acogiese, la reversión resulta procedente porque así lo prevé la norma de celebración del contrato, decreto 805 de 1947, porque así lo acordaron las partes en el contrato, y porque el contrato de concesión comprende una actividad de gran minería.(...)’ (negritas fuera de texto)***

*“De los pronunciamientos citados se pueden colegir, entre otras cosas, que la reversión salvo disposición legal en contrario, hace parte de la esencia del contrato de concesión, y que, las disposiciones que la regulan son de orden público. Entiende la Corte que la razón que subyace, a esta forma de comprender el instituto jurídico en estudio, es el interés público que el contrato estatal comporta.*

*“Pero, además, tanto los proveídos, como el concepto invocados permiten afirmar que la reversión una vez pactada en la celebración del contrato, se constituye en regla del mismo y, su aplicación está fuera de toda duda. En el entender del juez contencioso administrativo, se está frente a un deber irrenunciable por parte del Estado y, cuyo quebrantamiento supondría un detrimento del interés público.*

*“También se puede deducir que el vigor normativo de la cláusula de reversión pactada estriba no solo en el interés público que le sirve de sustento, sino en que fue producto de la voluntad de las partes. Lo cual, en realidad encuentra su fundamento en un elemento consustancial a los acuerdos, como lo es la voluntad de las pactantes.*

---

<sup>273</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Radicado: 11001-03-26-000-2039-01 (12039), CP. Alier Eduardo Hernández Enríquez. En esta ocasión desestimó las pretensiones de una empresa de cementos, titular de un contrato de concesión de gran minería, que solicitaba la declaración de nulidad de la resolución que le ordenaba revertir todas las propiedades muebles e inmuebles adquiridas con destino o beneficio exclusivo a la explotación, transporte y embarque de minerales.

*“Un motivo adicional que soporta esta última conclusión, es la exigencia derivada tanto de la Ley como de la equidad, de preservar el equilibrio en la ecuación financiera del contrato. Tiene la Sala que así lo ha sentado el Juez Contencioso Administrativo, cuando en sentencia de enero 31 de 1997, M. P. Suárez Hernández, al advertir que no resultaba jurídicamente posible continuar con la ejecución del contrato y, observando los eventuales perjuicios que se podrían causar a la partes, resolvió:*

*‘(...)A la fecha de esta sentencia el contrato se debe haber ejecutado aproximadamente durante 6 años, contados a partir de marzo 20 de 1991, es decir, ha corrido casi el 30% del plazo contractual, y en ese mismo porcentaje teóricamente había de transferirse la empresa al Departamento para cumplir el pacto de reversión. Ahora bien, como dicha solución no resulta viable física ni económicamente, la Sala estima equitativo y razonable que la contratista haga transferencia de la totalidad de los bienes muebles e inmuebles directamente afectados a la ejecución del contrato que aquí se anulará al Departamento y éste, a título de compensación, pagará a aquella lo correspondiente al porcentaje no amortizado. Esta solución garantizará el ejercicio pleno del monopolio de fabricación de licores por el Departamento y el resarcimiento económico para la contratista.’*

*“Esto es, se trata de conservar el valor normativo de las disposiciones acordadas por los contratantes. De ahí el afán de velar por el equilibrio contractual y evitar interpretaciones que impliquen detrimento para alguno de los extremos del negocio jurídico.*

*“En suma, observa la Corte que el Consejo de Estado ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la reversión en el contrato de concesión, caracterizándola, señalando algunas de sus implicaciones e incluso, refiriéndose a su vigencia normativa en casos de cambio legislativo.*

*“En lo que respecta a la doctrina, resulta adecuado recordar que al aludir al régimen de los bienes del concesionario afectados al servicio público, el profesor Rafael Bielsa, considera que la propiedad de aquellos puede estar limitada ‘(...) cuando por la Ley o el contrato de concesión el concesionario debe transmitir la propiedad de los bienes al concedente, al vencimiento de la concesión o dentro de un término previsto(...)’el fundamento de la limitación del concesionario en punto a la disposición de sus bienes afectados al servicio público está(...) en la necesidad de asegurar la continuidad del servicio público(...)”<sup>274</sup>*

*“Por su parte, Miguel Marienhoff en lo que atañe al régimen de los bienes ha disertado en el siguiente sentido ‘¿qué derechos tiene el concedente sobre los bienes del concesionario que al extinguirse o concluir la concesión pasaran a su poder, con o sin indemnización? Y ha respondido:*

*‘Durante ese lapso el concedente no tiene derecho algunos sobre tales bienes, derivado de la eventual y futura adquisición de la propiedad sobre ellos.*

*‘El Estado – concedente- solo tiene la prerrogativa o poder de obligar al concesionario a mantener en servicio la cantidad y especie de bienes o cosas previstos en la concesión; correlativamente, tiene el poder o prerrogativa de impedir que el concesionario sustraiga del servicio bienes o cosas que deban permanecer afectados al mismo (...) el concedente puede impedir que el concesionario disminuya el número o cantidad (de bienes)’<sup>275</sup> sustrayéndolos del servicio (...)’<sup>276</sup>*

*“Y más adelante precisa, a propósito de la reversión de los bienes:*

*‘(...) si por cualquier circunstancia que le fuera imputable, el concesionario no entregare por ejemplo, la cantidad de ómnibus pertinente, o entregare unidades deterioradas en mayor grado que el aceptable por el desgaste normal, deberá abonarle al concedente los daños y perjuicios respectivos(...)’<sup>277</sup>*

*“En una perspectiva más contemporánea, Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, al referirse en particular a la duración del contrato de gestión de servicios públicos y la cláusula de reversión, han advertido sobre lo que se ha denominado ‘los efectos negativos del planteamiento tradicional’. Explican los juristas españoles que al acercarse*

---

<sup>274</sup> Bielsa R, Derecho Administrativo, tercera Edición Tomo I, librería de J. Lajouane y Cia, Buenos Aires. Argentina 1939 p. 367.

<sup>275</sup> El autor utiliza un ejemplo con ómnibus

<sup>276</sup> Marienhoff M., Tratado de Derecho Administrativo, tomo IIIB, 3ª ed, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1964 pp. 640 - 641

<sup>277</sup> Ibídem pp. 641-642

*el tiempo de la reversión se vio claramente ‘(...) que nadie puede ostentar una prerrogativa de función pública a título personal ni, por lo tanto, ganarla por el simple transcurso del tiempo, cualquiera que esta sea (...)’ en su opinión, esto ‘(...) habría servido solamente para impulsar la crisis del sistema concesional al impedir la renovación de las instalaciones afectas al servicio en la última fase de vida de las concesiones cuando ya no es posible amortizar las inversiones necesarias’ y concluyen sobre el punto:*

*‘(...) Se hizo inevitable el abandono de las viejas ideas y la necesidad de configurar la reversión como una cláusula de índole exclusivamente económica, ligada a las necesidades de este orden y, muy particularmente, al problema de la amortización de las inversiones realizadas por el concesionario (...)’*

*“Se observa entonces que también en la doctrina ha variado el estatus y el papel que desempeña la estipulación de la reversión en el contrato estatal de servicios públicos, lo cual, sin duda, afectará el régimen de los bienes. Si antaño, tal disposición resultaba imprescindible en los contratos de concesión, las nuevas exigencias del mercado han tornado tal contenido en circunstancial y, la han condicionado a razones económicas.*

*“Así pues, aquellos pactos de concesión celebrados por la Administración, en los cuales el móvil económico está en la base de la incorporación de la reversión como regla obligatoria, deben atenerse a su cabal cumplimiento. En sentido distinto, los pactos suscritos en vigor de la ley que ha cambiado el carácter de la reversión, se atenderán a lo consignado en los enunciados legales del caso. Tal forma de razonar, entiende la Corte, se corresponde con contenidos constitucionales propios del interés público como lo son el patrimonio estatal y el correcto desempeño de la función pública.*

*“Esteban Arimany ha analizado el asunto de las diversas clases de bienes que se pueden hallar en la prestación del servicio y, se ha referido a ‘(...) una serie de elementos necesarios para el desarrollo de la actividad concedida, que la Administración exige y el particular se compromete a aportar. Forman parte integrante de la concesión y están afectos al servicio público, siguiendo el régimen exorbitante propio de esta clase de bienes’<sup>278</sup>, es de este acervo que se predica la reversión. Por otro lado, se encuentran involucrados en el contrato otros bienes que el concesionario incorpora voluntariamente ‘(los cuales) no son necesarios ni útiles para la prestación del servicio —entendido este en un sentido estricto— aunque de algún modo pueden complementarlo’ y, adicionalmente otros bienes ‘útiles para la explotación, que el concesionario incorpora voluntariamente con vistas a la mejor prestación del servicio, excediéndose de sus obligaciones contractuales’<sup>279</sup> de estos últimos dos grupos de haberes patrimoniales, no se predicaría la reversión.*

*“La misma doctrina especializada, a propósito del significado de la reversión la ha entendido y acogido en los siguientes términos: ‘el concesionario no solo se obliga a enajenar la propiedad de los bienes al llegar el día convenido, sino que, de hecho, la está transmitiendo ya —aunque a término— desde los primeros momentos de la relación concesional’ por oposición a una tesis según la cual ‘(...) el concesionario(...) no transmite(...) ningún derecho real, continúa siendo el único y pleno propietario de los bienes y simplemente se obliga a transmitir, un día determinado, a la Administración la propiedad de los mismos(...)’.*

*“Para la Sala, estos últimos asuntos todos son del resorte de instancias diferentes a este Tribunal, más no por ello intrascendentes y mucho menos ajenos al interés público, pues, tal como ha precisado Arimany Lamoglia como pauta en este tema ha de atenderse ‘un criterio muy flexible, sin que — por ello — lleguen a perjudicarse los intereses colectivos.’<sup>280</sup>*

*“Lo que si destaca la Sala, dada la relevancia que para el patrimonio estatal comporta la presencia de la cláusula de reversión, es la siguiente apreciación:*

*‘(...) aunque desaparezca la afectación al servicio, continua incólume sujeción (sic) de los bienes a la reversión, o , dicho en otras palabras , la subsistencia del gravamen restitutorio no está condicionada a lo que ocurra con el gravamen de afectación.’*

*“Y continúa,*

*‘...la causa económica del primero de ellos permanece presente durante todo el periodo de explotación. La Administración, al sentar las bases de la concesión, calculó la remuneración del concesionario de modo que, mediante el cobro a los usuarios de las tarifas fijadas durante un tiempo determinado y/o las compensaciones públicas pertinentes, resultaran amortizadas todas las instalaciones que aquel incorporara a la Empresa*

---

<sup>278</sup> Arimany Lamoglia, E. *La Reversión de Instalaciones en la Concesión Administrativa de Servicio Público*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, p. 53

<sup>279</sup> *Ibidem* pp. 53-54

<sup>280</sup> *Ibidem*, p. 13

*concesional; si uno o varios de estos elementos se sustraen a la restitución sin rectificación de la fórmula económica establecida en un principio y/o sin ser subrogados realmente por otros bienes de iguales o parecidas características, el gestor del servicio los cobrará dos veces en perjuicio de la colectividad (...)' 281*

*“Para la Corte, este criterio, se aviene a lo dispuesto en la Constitución Política, en tanto, se entienda el interés de la colectividad expresado en el patrimonio estatal y en el íntegro desempeño de la función pública.”*

#### 5.4.2. Del contenido contractual y de la labor interpretativa para su fijación

La **interpretación** es el trabajo del operador jurídico consistente en dar entendimiento práctico a la normatividad aplicable para conseguir el fin de la administración de justicia que es la solución del conflicto de intereses que las Partes ponen a consideración de los jueces y en el caso de la justicia arbitral, a los árbitros.

En su labor interpretativa, corresponde a los árbitros el deber consultar los **métodos de interpretación** que la doctrina ha identificado, la exégesis, la lógica sistemática y el histórico - sociológico.

Así mismo observarán las **técnicas** propias de esta labor, atendiendo al origen de la interpretación que será auténtica cuando proviene del legislador o cuando las partes han decidido expresarla para fijar el alcance de su propio derecho.

En primer lugar, hemos de advertir que **el contrato** requiere para su entendimiento cabal, el conocimiento de su **integridad**, atendiendo a su génesis, a su concepción literal, y también a su integralidad y finalidad práctico social. Sólo así logrará el operador jurídico su cabal comprensión. Cuando se habla de génesis contractual nos referimos a los antecedentes, a los pliegos de condiciones o términos de referencia, a la convocatoria y a la oferta. El texto del contrato alude a su literalidad documentada pues hacen parte de él todos los anexos técnicos y jurídicos que lo componen por ministerio de la ley y por voluntad de las partes.

La integralidad por su parte implica que al momento de aplicar el contrato, el horizonte se amplía para involucrar los negocios y las relaciones jurídicas vinculadas y fruto de las partes durante la ejecución del contrato que ofrece la dificultad entre las partes. Significa esto que el juez tomará en consideración las conciliaciones, las transacciones que las partes hayan podido celebrar y los anexos que hubieren pactado bilateralmente con posterioridad al contrato original.

Cuando se habla de **integralidad** es para significar que el contrato no constituye una unidad jurídica y económica cerrada a su entorno y que de él hacen parte las actuaciones de las partes especialmente en los contratos de tracto sucesivo como ya se dijo, por ejemplo, las conciliaciones o las transacciones que los interesados hayan podido convenir y definir en desarrollo de su autonomía privada y dentro del marco legal. Cuando se alude a la finalidad práctica, es porque el contrato está llamado a producir efectos y muy particularmente tratándose del contrato estatal que por su naturaleza debe interpretarse con criterio finalístico como lo ha indicado en reiteradas oportunidades la jurisprudencia nacional.

De otro lado, es útil tomar el contrato con **carácter instrumental** en el marco del Estado social de derecho, tal como lo indica la doctrina de la Corte Constitucional, en cuanto reconoce una amplia libertad de configuración al legislador en el diseño del régimen legal para el logro de los fines del Estado. En sana lógica la Corte indica que el contrato no se agota en sí mismo como un fin consistente en una estructura reguladora de intereses bipartitos sino que conforme a la moderna interpretación del contrato según la doctrina foránea, él es un instrumento de gobierno que permite

---

<sup>281</sup> Ibídem pp. 98-99

la buena gestión y el aseguramiento de la prestación de los servicios públicos esenciales y para la adquisición de los bienes necesarios para la buena administración.

#### 5.4.2.1. De las Cláusulas Contractuales

**Las cláusulas** del contrato se entenderán dentro del contexto negocial con actitud intelectual que permita a la vez consultar su objetivo final y su verdadero propósito en el universo jurídico dentro del cual están llamadas a producir efectos jurídicos. Se entenderán unas por otras, se indaga su sentido por la comprensión que aporte la integralidad del texto contractual dando prelación a su especialidad y posterioridad. En ocasiones se requiere la interpretación de las cláusulas por cuanto parecen ambiguas, oscuras, contradictorias o imprecisas.

La **ambigüedad** ofrece pluralidad de sentidos que debe superarse. A ese respecto se refirió el Consejo de Estado en la sentencia del 23 de noviembre de 2018.

La **oscuridad** de la cláusula puede obedecer a la mala redacción, a defectos gramaticales o a el uso de vocablos cuyo significado no ofrezca certeza para los interesados mismos.

La **contradicción** es una cuestión de lógica cuando el correcto razonamiento debe acudir para entender y fijar el alcance de lo pactado en cuanto o no es posible exigir doble prestación o el cumplimiento de una exime de otra.

La **imprecisión** de una cláusula puede derivar de la falta de información suficiente para que el operador proceda de conformidad a la voluntad de las partes.

En los contratos, a las **palabras**, acepciones o vocablos, se les dará el sentido que normalmente tienen salvo que expresamente las partes hayan decidido darles otro significado. Si ellas están dentro del texto de ley habrá que consultar el espíritu de la legislación y su intención originaria y de la misma manera en los contratos.

Sabido es que el contrato tiene por objeto engendrar una o varias obligaciones y que la determinación de ellas puede suscitar diversas dificultades, entre ellas la interpretación del contrato. La tarea interpretativa tiene por finalidad establecer el sentido de las disposiciones que las partes en ejercicio de su autonomía consignan en el contrato, sin que pueda confundirse la interpretación con la prueba del contrato.

La prueba consiste en establecer la existencia y el tenor de las cláusulas y se debe efectuar de acuerdo con las reglas legales y en la contratación pública en la modalidad de concesión precisa la solemnidad del escrito.

En contraste, la interpretación implica precisar el sentido y alcance de las obligaciones que nacen del contrato y por tanto la interpretación sigue reglas distintas de las que convienen a la prueba. La interpretación demanda una calificación previa de la categoría jurídica a la cual pertenece el contrato para saber cuál es la ley aplicable.

Calificado el contrato se le atribuyen los efectos que la ley le confiere normalmente a los de su categoría. En ocasiones ante el silencio de la ley y de la voluntad de las partes los jueces otorgan a ciertos contratos determinadas consecuencias bajo el halo de la interpretación de la voluntad. La interpretación normalmente es obra del juez y para ello es conveniente encontrar de entrada el método que deba seguirse. Como en la interpretación de la ley, el método clásico que busca la intención del legislador en el terreno contractual la interpretación procura descubrir la común intención de las partes. La voluntad interna y no la voluntad declarada es la que debe descubrirse y en vez de quedarse en la letra procura la voluntad real y psicológica. Por ello puede afirmarse que



“las convenciones obligan no solo a aquello que expresan sino también a todas las consecuencias que la equidad, el uso o la ley dan a la obligación según su naturaleza”. Siguiendo el espíritu del Código Civil lo que es ambiguo se interpreta según el uso en un país o en un sector de la economía donde el contrato se ha celebrado, ese será su sentido y es de equidad que la interpretación de la voluntad se procure cuando en caso de duda la convención se interpreta contra aquel que la estipuló y a favor de quien ha contratado la obligación.

“La equidad o el uso deben ser tomados en consideración en la interpretación de los contratos y de las consecuencias que ellos comportan sin que el juez pueda sustraer a uno de los contratantes del cumplimiento de los compromisos claros y precisos que haya libremente contraído.”<sup>282</sup>

Y respecto de las cláusulas oscuras o ambiguas, Salle de la Marnierre, se afirma que la interpretación no se hará contra el acreedor sino contra el redactor de la cláusula teniendo en cuenta la naturaleza del contrato especialmente si es de adhesión o si obedece a una convocatoria.<sup>283</sup>

El intérprete se ocupa de una cuestión de hecho antes que de derecho y su poder radica en el poder soberano del fallador.

El principio de la fuerza obligatoria del contrato formulado por el artículo 1602 del Código Civil bajo la fórmula “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”, se reafirma, siendo esta una pieza rectora de la teoría de la autonomía de la voluntad y se impone por el respeto a la libre autodeterminación, por razones de seguridad en las transacciones, por razones de economía y porque en la contratación pública también se aplican los criterios que el derecho privado ha consagrado históricamente pues el contrato público no solo se rige por sus leyes particulares sino que en su condición de contrato estatal recibe la aplicación de las leyes que no riñen con su naturaleza y que integran el universo jurídico contractual.

#### **5.4.2.2. La prevalencia de la interpretación auténtica de los contratos**

Sobre la prevalencia de la interpretación auténtica de los contratos, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, según consta en sus respectivas sentencias del 5 de julio de 1983 y 9 de mayo de 2012 dejaron sentados los criterios imperantes que se resumen en los siguientes términos:

Si bien el Código Civil (C.C.) establece en sus artículos 1618 y subsiguientes reglas de interpretación de los contratos, no indica un orden metodológico para hacer uso de estas. Sin embargo, la jurisprudencia ha establecido un orden para acudir a dichas reglas. En primer lugar, se ubican las reglas principales -subjetivas- derivadas del artículo 1618 del C.C. cuya finalidad es interpretar el contrato de conformidad con la intención real de los contratantes. Por ejemplo, en esta categoría se encuentra la regla de interpretación según la cual las cláusulas de un contrato pueden interpretarse por la aplicación que las partes le dieron en la práctica (art.1622, inc.3).

Subsidiariamente, cuando estas reglas no resultan suficientes para determinar la común intención de los contratantes, se debe acudir a las reglas objetivas de interpretación que buscan proteger el contrato. Dentro de estas reglas se encuentran la aplicación del efecto útil (art. 1620) y la interpretación según la naturaleza del contrato (art. 1621).

Así, para encontrar el sentido de las obligaciones que pactaron las partes de un contrato, la forma en que lo ejecutaron es el criterio que permite vislumbrar su voluntad en su estado más puro pues corresponde a la interpretación auténtica, viva y animada de las partes respecto del entendimiento que tuvieron del mismo.

---

<sup>282</sup> CIB.2 de diciembre de 1947, GACETA. PAL. 1948. 136 REV. Trim. de Droit Civil, 1948 pág. 332, MM.H.I.L. MAZEAUD.

<sup>283</sup> Salle de la Marnierre: La evolución técnica del contrato y sus consecuencias jurídicas, tesis París 1930, p. 279

Consecuencialmente. El criterio de interpretación auténtica es prevalente sobre otros criterios.

Así lo afirmó el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en la Sentencia citada que “probablemente no habrá mejor alternativa hermenéutica respecto del contenido de la declaración para escudriñar en la intención de las partes al formularla, **que el comportamiento que ellas mismas hayan observado durante su ejecución.**”

En conclusión, el criterio de interpretación auténtica es la regla subjetiva de interpretación por excelencia y es prevalente frente a otros criterios.

Cómo se determina la voluntad de los contratantes según el criterio de interpretación auténtica? Para determinar la voluntad de las partes, es preciso evaluar sus acciones previas durante toda la relación contractual: tanto sus manifestaciones y aquiescencias (interpretación expresa) como sus conductas (interpretación tácita).

Toda acción ejecutada dentro del marco contractual puede convertirse en hito para determinar la voluntad de las partes excepto si se demuestra que corresponde a una falsa apreciación, a una inadvertencia de un contratante o a un cumplimiento imperfecto del contrato.

El mismo Tribunal, respecto de la interpretación sistemática y del principio de la eficacia del contrato se expresó en la sentencia que puso fin al proceso contenido en el expediente 22714 de 2012, en los siguientes términos:

**“A. Interpretación autentica de los contratos estatales.** «(...)Una de las herramientas interpretativas consagrada en las disposiciones transcritas, de gran valía y utilidad, es la denominada interpretación auténtica, la cual supone “nuevamente en claro paralelismo con la interpretación auténtica de la ley, realizada por el propio legislador” que la hermenéutica o la aplicación que las mismas partes han dado al clausulado del contrato, sobre cuyo significado o alcance controvierten con posterioridad, debe preferirse respecto de la que pueda resultar de cualesquiera otros hechos o circunstancias; así pues, si bien es verdad que la interpretación auténtica puede operar por vía de la celebración de un nuevo negocio jurídico o de la realización de una nueva declaración de voluntad encaminados expresamente a fijar o a aclarar el sentido que buscaban dar las partes a una declaración original o a algunas de las disposiciones de ésta, no es menos cierto que dicha interpretación, auténtica también, generalmente deriva del comportamiento de las partes, anterior, concomitante o posterior a la declaración de voluntad, si se tiene en cuenta que “[G]eneralmente no aparecerá esta interpretación auténtica por medio de palabras escritas, sino con la observación de lo que las partes han hecho; pero la manera como han procedido a ejecutar prácticamente el convenio determinará la inteligencia que le han dado y que deberá seguirse dándole.”

“En ese orden de ideas, este criterio de interpretación del contrato subraya que probablemente no habrá mejor alternativa hermenéutica respecto del contenido de la declaración para escudriñar en la intención de las partes al formularla, que el comportamiento que ellas mismas hayan observado durante su ejecución (...) Se trata, entonces, de asumir el comportamiento de las partes como criterio interpretativo o de la existencia del denominado “comportamiento interpretativo.(...)»

**“B. Principio de conservación del contrato.** «(...)La hermenéutica del negocio debe estar enderezada a lograr que el mismo o alguna de sus cláusulas resulten eficaces; quiere ello decir que entre una interpretación o un entendimiento que conduzca a privar al contrato o a la cláusula respectiva de la producción de efectos y una lectura de aquél o de ésta que les permita generarlos, debe preferirse la segunda, principio del “efecto útil” de las estipulaciones contractuales recogido en el artículo 1620 C.C. (...)»

**“C. Interpretación sistemática de los contratos.** «(...)De igual modo, no podrá perderse de vista en el presente caso el criterio de interpretación sistemática del contrato o canon hermenéutico de la totalidad que parte de reconocer que la intención o el espíritu del contrato resulta indivisible, razón por la cual no debe atribuirse sentido a una de sus cláusulas de forma inconexa respecto de las demás, sino vinculándola con el todo orgánico en el cual se integra, luego a voces de lo preceptuado por el inciso primero del artículo 1622 C.C., “las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.(...)»

**“D. El anticipo.** «(...)Esta interpretación consulta, por lo demás, el tratamiento que la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha dispensado a la figura del anticipo en materia de contratación estatal, para subrayar que la inclusión de tal tipo de previsión en los contratos estatales tiene por objeto asegurar que ese dinero facilitado por la entidad al contratista se destine al cubrimiento de los costos iniciales en los cuales éste debe incurrir para el inicio de la ejecución del objeto contratado, por manera que se trata de un mecanismo encaminado a facilitarle a dicho contratista la financiación de los bienes, de los servicios o de las obras que se le han encargado con ocasión de la celebración del acuerdo y se convierte así en un factor económico determinante para impulsar la ejecución del mismo. «(...)

“Esta consideración sobre el factor económico se aviene con la inclusión del principio interpretativo en cuanto a la incorporación del modelo financiero adoptado por las partes para la ejecución del contrato.

“En todo caso las contradicciones y ambigüedades del texto contractual objeto de interpretación como en el caso en comentario entre el Archipiélago de San Andrés y Providencia y Santa Catalina Vs Lucy Escalona Manuel condujo a conceptualizaciones relativas al art. 28 de la ley 80 de 1993, sobre la prevalencia de la voluntad real de las partes; las reglas generales de interpretación en los contratos estatales y que fueron recogidas en el documento de la Fundación Derecho Justo de la siguiente manera:

**“E. Prevalencia de la voluntad real.** «(...) Toda vez que salta a la vista que las declaraciones expresamente realizadas por las partes en el contrato No. 154 del 23 de diciembre de 1998 resultan insuficientes para hallar respuesta a los cuestionamientos que se viene de plantear, debe tenerse en cuenta que el sistema jurídico colombiano, siguiendo en esta materia la tendencia generalizada en ordenamientos como el francés, el español o el chileno, ante las discrepancias que pudieren presentarse entre la voluntad real de los contratantes y su declaración vertida en el contrato mismo o, como ocurre en el sub lite, ante la insuficiencia u oscuridad de ésta ¿declaración? para comprender o desentrañar los alcances de aquella ¿voluntad?, se ha decidido por conferir prevalencia al querer o a la intención real de las partes por sobre el contenido ¿aunque contradictorio con dicha voluntad o eventualmente impreciso, oscuro o incompleto? de la declaración. (...)»

**“F. Reglas generales de interpretación de los contratos estatales.** «(...)La primacía de la intención perseguida por los sujetos contractuales respecto de su expresión material deriva directamente del postulado mismo de la autonomía de la voluntad si se tiene en cuenta que quizás la principal razón de ser de los actos jurídicos estriba en la imposibilidad, para el Legislador, de regular en su integridad todas las relaciones que se tejen en la vida social y/o en el tráfico jurídico, por manera que no le queda más remedio que exhortar a los particulares para que ellos contribuyan voluntariamente en esa función reguladora; por lo anterior se asegura que el elemento verdaderamente relevante en las actuaciones jurídicas de las personas es la voluntad real que las anima, más que la apariencia material que resulta de su exteriorización y que se plasma en el contrato, consideración ésta que justifica el aforismo en virtud del cual la voluntad es la sustancia de los actos jurídicos, de suerte que siempre que se establezca la discordancia entre el tenor literal o verbal de la declaración y la voluntad real de los sujetos en ella intervinientes, ésta última debe ser preferida por el intérprete al tratar de aplicar el acto o de deducir sus alcances o sus efectos. (...)”

#### 5.4.2.3. De la interpretación del contrato en el caso concreto

Ya se ha expresado con algún detenimiento el acervo doctrinario y jurisprudencial, y el orden normativo aplicable al contrato de concesión. Aunque parezca iterativo conviene en el caso para fijar el alcance y el contenido del contrato en sus obligaciones finales hacer las precisiones que enseguida se consignan con alguna citación jurisprudencial sobre los temas cruciales en materia interpretativa.

Para discernir sobre la aplicación del contrato y su interpretación se acudirá:

1. A la génesis y especialmente al **pliego de condiciones** pues es relevante como norma básica para optar por el entendimiento, la inteligencia y los efectos del contrato administrativo, cuyo texto se consigna en este laudo.
2. Y respecto de las cláusulas ambiguas el criterio interpretativo jurisprudencial milita a favor del deudor, tal como se consigna en sentencia del 23 de octubre de 2018 el Consejo de Estado, Sección Tercera.

3. Sobre la interpretación sistemática y el principio de eficacia del contrato, se recurre al criterio expuesto en la Sentencia del Consejo de Estado Sec. III. 27714 de 2012, 21 de junio de 2018, que señala:

**“Interpretación auténtica de los contratos estatales.** ‘(...)Una de las herramientas interpretativas consagrada en las disposiciones transcritas, de gran valía y utilidad, es la denominada interpretación auténtica, la cual supone “nuevamente en claro paralelismo con la interpretación auténtica de la ley, realizada por el propio legislador” que la hermenéutica o la aplicación que las mismas partes han dado al clausulado del contrato, sobre cuyo significado o alcance controvierten con posterioridad, debe preferirse respecto de la que pueda resultar de cualesquiera otros hechos o circunstancias; así pues, si bien es verdad que la interpretación auténtica puede operar por vía de la celebración de un nuevo negocio jurídico o de la realización de una nueva declaración de voluntad encaminados expresamente a fijar o a aclarar el sentido que buscaban dar las partes a una declaración original o a algunas de las disposiciones de ésta, no es menos cierto que dicha interpretación, auténtica también, generalmente deriva del comportamiento de las partes, anterior, concomitante o posterior a la declaración de voluntad, si se tiene en cuenta que “[G]eneralmente no aparecerá esta interpretación auténtica por medio de palabras escritas, sino con la observación de lo que las partes han hecho; pero la manera como han procedido a ejecutar prácticamente el convenio determinará la inteligencia que le han dado y que deberá seguirse dándole’.

“En ese orden de ideas, este criterio de interpretación del contrato subraya que probablemente no habrá mejor alternativa hermenéutica respecto del contenido de la declaración para escudriñar en la intención de las partes al formularla, que el comportamiento que ellas mismas hayan observado durante su ejecución (...) Se trata, entonces, de asumir el comportamiento de las partes como criterio interpretativo o de la existencia del denominado ‘comportamiento interpretativo.(...)’

**“Principio de conservación del contrato.** ‘(...)La hermenéutica del negocio debe estar enderezada a lograr que el mismo o alguna de sus cláusulas resulten eficaces; quiere ello decir que entre una interpretación o un entendimiento que conduzca a privar al contrato o a la cláusula respectiva de la producción de efectos y una lectura de aquél o de ésta que les permita generarlos, debe preferirse la segunda, principio del “efecto útil” de las estipulaciones contractuales recogido en el artículo 1620 C.C. (...)’

**“Interpretación sistemática de los contratos.** ‘(...)De igual modo, no podrá perderse de vista en el presente caso el criterio de interpretación sistemática del contrato o canon hermenéutico de la totalidad que parte de reconocer que la intención o el espíritu del contrato resulta indivisible, razón por la cual no debe atribuirse sentido a una de sus cláusulas de forma inconexa respecto de las demás, sino vinculándola con el todo orgánico en el cual se integra, luego a voces de lo preceptuado por el inciso primero del artículo 1622 C.C., “las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. (...)’

4. Sobre el carácter instrumental del contrato como guía para su entendimiento ya se citó la Sentencia C-555/13 de la Corte Constitucional.

5. Cuando media transacción, ella opera respecto de los temas que fueron negociados y definidos hasta la fecha de su pacto, no habiendo previsto otras contingencias futuras.

Por vía general la interpretación de los contratos administrativos requiere que el intérprete actúe dentro de los límites y requisitos de la ley general y de la normatividad particular. No es lícito al juez desconocer el contrato ni a la parte soslayar el imperio de la ley.

Desde el punto de vista sustantivo el poder interpretativo no puede entenderse en forma absoluta de suerte que justifique una distorsión de la relación negociada.

Es evidente que la interpretación del contrato no será una vía para su reformulación y tampoco un atajo para encubrir modificaciones al contrato mismo. Cuando se manifiesta una falta de entendimiento respecto del significado de las cláusulas contractuales es preciso investigar el sentido que ha de otorgárseles y contemplar desde una visión global, íntegra, integral y sistemática del régimen jurídico del contrato de modo que se disipen las contradicciones y se haga claridad sobre las obligaciones y prestaciones recíprocas.

En esta tarea hermenéutica los criterios interpretativos emergen como elementos primordiales, desde la Ley 153 de 1887, hasta los que incorpora el Código Civil de 1873.

La jurisprudencia nacional ha precisado que el contrato estatal no es una figura radicalmente distinta del contrato privado pues corresponde a la estructura elaborada históricamente por el derecho civil lo cual permite evocar con propiedad los principios establecidos en el Código Civil en cuanto no riñen con la naturaleza y finalidad de la contratación pública. Se tendrá en cuenta por intérprete la licitud de los pactos en cuanto no se opongan al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de la buena administración sin que pueda dejarse la validez y el cumplimiento al arbitrio de una sola parte.

Más recientemente, el Consejo de Estado, Sección Tercera,<sup>284</sup> recuerda que los principios y las reglas de interpretación de los contratos adquieren relevancia cuando las disposiciones en ellos contenidas no son lo suficientemente claras y precisas para alcanzar su contenido. Al punto dice que:

“La hermenéutica contractual  fija el contenido y reconstruye el sentido  de las declaraciones y comportamientos asumidos por las partes”.

Por eso, hizo ver que del contenido de los artículos 1618 a 1624 del Código Civil emergen los principios y reglas aplicables en materia de interpretación contractual. Precisamente explicó que según la doctrina especializada son dos los principios rectores que se desprenden de tales disposiciones:

1. La búsqueda de la común intención de las partes (*communis spectanda*). *Intentio o voluntas*.
2. la buena fe contractual.

Y agregó que las reglas por su parte son cinco:

- “1. La especificidad.
- “2. La interpretación efectiva, útil o conservatoria.
- “3. La interpretación naturalista o fundada en la naturaleza del contrato, y de la interpretación usual.
- “4. La interpretación contextual, extensiva y auténtica.
- “5. La interpretación incluyente o explicativa.
- “6. La interpretación de cláusulas ambiguas a favor del deudor y en contra del estipulante o predisponente”.

Adicionalmente se consignó en la precitada providencia: “Ahora bien, la tarea de encontrar la verdadera intención de los contratantes es la tradicionalmente conocida como criterio subjetivo de interpretación, en contraste con el criterio objetivo, que más bien busca privilegiar la voluntad externa o declarada de las partes del contrato.”

La doctrina (local y foránea) y la jurisprudencia nacional reconocen que existe jerarquía entre los criterios de interpretación del contrato y, en esa medida, han señalado que el subjetivo prevalece sobre el objetivo, a partir de la idea de que el principio de la búsqueda de la real voluntad de los contratantes es fundamental dentro de la labor hermenéutica y que los demás principios y reglas son subsidiarios.

Con todo, la búsqueda de la común intención de las Partes se erige como punto de partida de la labor interpretativa de los contratos.

---

<sup>284</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia 200301608101 (40353) de junio 21 de 2018. C.P. Adriana Marín

De ahí que un adecuado ejercicio hermenéutico contractual deba empezar siempre por determinar cuál era la *communis intentio*, a la que alude el artículo 1618 del Código Civil, y solo en caso de que esa labor resulte infructuosa es posible aplicar las pautas objetivas de interpretación antes reseñadas, como las previstas en los artículos 1619, 1620, 1621, 1623 y 1624 de esa misma codificación.

Por eso, no importa el nombre que las Partes le hayan otorgado a un acuerdo de voluntades, pues prevalece la intención de los extremos contractuales.

#### 5.4.3. Análisis del caso concreto

Como se expuso antes, las pretensiones deducidas en el libelo de la reconvención, en cuanto al fenómeno de la reversión, son del siguiente tenor:

**“SEXTA PRINCIPAL.** Se declare que la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO VIAL DEL NORTE DE BOGOTÁ - DEVINORTE** y todos sus integrantes, deben revertir en favor de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA (sic) - ANI**, y sin costo alguno, la totalidad de los vehículos que están incluidos dentro del modelo financiero del laudo arbitral del contrato de concesión No. 0664 de 1994, los cuales fueron amortizados con los recursos contractuales”.

**“SÉPTIMA PRINCIPAL.** Que como consecuencia, se ordene a la **UNIÓN TEMPORAL PARA DESARROLLO VIAL DEL NORTE DE BOGOTÁ - DEVINORTE** y todos sus integrantes efectuar la entrega material y jurídica de los citados vehículos a título de reversión, a la ejecutoria del laudo arbitral”.

**“PRIMERA SUBSIDIARIA A LA SÉPTIMA PRINCIPAL.** Que en caso de no ser posible o viable por cualquier causa la entrega material y total de los vehículos, se condene u ordene a la **UNIÓN TEMPORAL PARA DESARROLLO VIAL DEL NORTE DE BOGOTÁ - DEVINORTE** y todos sus integrantes, a pagar en dinero en favor de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**, y a título de reversión de vehículos, la suma de mil trescientos ochenta y cuatro millones seiscientos veintidós mil quinientos cincuenta y un pesos (\$1.384.622.551) pesos de marzo de 2018”

En el Acta de Reversión suscrita el 30 de noviembre de 2017, las Partes dejaron vertida su discrepancia en relación con los vehículos en cuestión:

De un lado, la ANI dejó constancia de su reclamo, así:

**“PARÁGRAFO TERCERO-** Respecto de los vehículos consistentes en: a.) Seis (6) Camionetas, b) Una (1) ambulancia, c) Una (1) Grúa, c) (Sic) Un (1) Carro taller y d) Ocho (8) motocicletas, la Interventoría y la ANI solicitaron al Concesionario la reversión y consecuente entrega de los mismos, dado que se confirmó por parte de la Interventoría Consorcio ICITY, que están incluidos dentro del modelo financiero y por lo tanto fueron amortizados con los recursos contractuales, situación que en todo caso será definida en la Liquidación del Contrato de Concesión No. 0664 de 1994, o en la instancia que corresponda.”

A su turno, el Concesionario consideró que ya había revertido los bienes a los que estaba obligado, se opuso a la reversión de los vehículos, y expuso:

**“PARÁGRAFO CUARTO-** El Concesionario manifiesta al respecto que de conformidad con lo consignado en la Cláusula VIGÉSIMA SEXTA – ENTREGA FINAL, del Contrato de Concesión No. 0664 de 1994, que prevé: ‘(...) No obstante, el INSTITUTO al vencimiento del periodo de operación, podrá comprar a LA UNIÓN TEMPORAL CONCESIONARIA, los bienes muebles o inmuebles distintos a los enumerados en el párrafo anterior, que sean necesarios para la operación del proyecto. En los que se incluyen: plantas de asfalto, trituradoras, maquinaria de construcción,

vehículos y campamentos. (...)’ (Subraya fuera de texto), los vehículos de que trata el párrafo tercero del [Sic] cláusula primera del Acta de Reversión y Entrega, correspondientes a: a) Seis vehículos (Camionetas), b) Una (1) ambulancia, c) Una (1) Grúa, d) Un (1) Carro taller, y, e) ocho (8) motocicletas, no son objeto de reversión, toda vez que de conformidad con lo previsto en la citada previsión contractual, deben ser objeto de adquisición por la entidad contratante en caso de estar esta última en su compra. Además, de acuerdo con la cláusula 3.B.5.-Inspección de Tráfico – del Reglamento para la Operación del proyecto, la Unión Temporal DEVINORTE únicamente debía contar con (1) vehículo de inspección.”

Es preciso advertir de entrada la necesidad de una interpretación integral de la situación contractual pues, tratándose de una Concesión de servicio público pactada con pluralidad de prestaciones, está de por medio el interés colectivo y con el criterio finalístico aportado por la jurisprudencia constitucional habrá de entenderse el alcance de la cláusula de reversión.

Ahora bien, el contrato de concesión es una entidad negocial de contenido económico fundamentalmente, cuya característica es la conmutatividad y preservación del equilibrio económico y financiero el cual se pretende desde el principio con una adecuada estructuración de las obligaciones recíprocas y de la distribución de riesgos entre las partes. (Sentencia de sept. 28 de 2011 Consejo de Estado en Sociedad Aseguradora de Finanzas S.A. Confianza contra Telecafé Ltda. No 1546). Adicionalmente debe tenerse en cuenta el ámbito contractual dentro del cual las Partes expresan su autonomía.

La cláusula de reversión, por ley, está ínsita en esta clase de contratos. No es obligatorio su pacto pero si no se pacta se tendrá por incorporada la cláusula con el alcance que le señala la ley y que, en cada caso, precisará el operador jurídico de acuerdo con la interpretación y circunstancias que mejor convengan en el caso concreto. Es preciso entender entonces que de pactarse se estará a lo convenido por las partes.

Lo que está prohibido es pactar que no habrá reversión en términos absolutos, lo cual es entendible, porque tratándose de bienes del Estado y la naturaleza de las obras ejecutadas y de los bienes necesarios y afectos al servicio, nunca saldrán de su patrimonio y menos por la vía de entrega para su explotación por parte de un particular. No puede afirmarse que es obligatorio el pacto y precisamente el Legislador al reconocer la autonomía regulatoria, convoca a los contratantes a ejercer su libertad para evitar dificultades futuras pues, de no hacerlo, se atenderán a la norma legal como ya se dijo.

Pactar la cláusula no está prohibido -se repite- lo que está prohibido es pactar la no reversión de bienes de manera que conduzca a afectar el patrimonio público. Por lo demás, el respeto a la autonomía de los contratantes en igualdad de condiciones, y teniendo en cuenta la naturaleza del contrato de ejecución sucesiva y progresiva de las diversas prestaciones pactadas y de la finalidad del contrato que es la permanencia y calidad de la obra, impone al juez, en su caso, el deber de valorar cuáles bienes son revertibles y cuáles no, en caso de desavenencia entre los contratantes por defecto total o parcial de su cláusula convenida.

Puede entonces pactarse y señalar alcance del pacto, siempre que no se afecte la permanencia y la calidad del servicio concesionado. Es entonces, en principio, del resorte de las Partes discriminar los bienes señalados como no revertibles en el caso concreto, pero respetando la regla del artículo 19 de la Ley 80 de 1993 y la interpretación que de él impongan los jueces.

En el caso presente, así lo entendieron las Partes y especialmente la convocada y Convocante en Reconvencción Agencia Nacional de Infraestructura -ANI, cuando habiendo solicitado inicialmente la reversión de la totalidad de los bienes muebles, en la reforma de la demanda se contrajo en su reclamo sólo a un listado concreto de bienes identificables por su inscripción en el registro automotor. Es decir, excluyó por su propia voluntad y entendimiento, los bienes que si bien estuvieron vinculados a la concesión, una vez terminada ella, ya no continuaban como necesarios en

la operación y mantenimiento. Díganse elementos como la retroexcavadora, volcos para el transporte de escombros, motoniveladores, compactadores y planta de asfalto, entre otros.

Ahora bien, el punto de vista pregonado por la Parte reconvenida no se ajusta a derecho, pues negar la entrega de todos los bienes necesarios y afectos a la concesión es desconocer el espíritu de la ley y el contrato mismo.

Adicionalmente y como lo pudo establecer la Interventoría, en el caso sub análisis, los vehículos automotores reclamados por la ANI sí fueron pagados por la Concesión como aparece en el modelo financiero. En este punto es necesario advertir que en éste no se identifican en concreto cada uno de los vehículos sino que se incorpora su número y el valor respecto de los bienes necesarios para la operación, que se relacionan como “*COSTOS OPERACION POLICIA VIAL*”, “*COSTOS INSPECCION DE TRAFICO*”, la “*OPERACION AMBULANCI*”, la “*OPERACION GRUA*” y la “*OPERACION CARROTALLER*”<sup>285</sup>.

Expuesto el criterio sobre el alcance y contenido de la cláusula de reversión, debemos proceder a hacer en el caso concreto el seguimiento de ella desde su origen:

**El pliego de condiciones de la Licitación Pública 005.** Se pone de presente que su confección correspondió al INVÍAS, quien suscribió el Contrato de Concesión que luego cedió al INCO, hoy ANI, y quién al respecto manifestó que haría una licitación pública para un contrato de concesión de conformidad con la Ley 80 de 1993. Dio por sentado que la reversión se regularía por la aplicación del artículo 19 de ésta, así:

“1.1.2 OBLIGACIONES A CARGO DEL CONCESIONARIO:

“La reversión al instituto Nacional de Vías de los bienes objeto de la concesión, incluyendo la carretera y demás instalaciones y equipos afectados directamente a la operación de la misma, en estado de funcionamiento y con el nivel de servicio establecido en los pliegos”.

Se indicó en el Pliego de Condiciones que harían parte de éste, entre otros, el Reglamento para la Operación de Carreteras Concesionadas, en el cual se establecen las condiciones contractuales que se deben cumplir para realizar la etapa de operación:

“3.- PARAMETROS DE CONTROL DE SERVICIOS

“3.B.- COBERTURA Y REGULARIDAD

“Se debe proveer las siguientes condiciones mínimas de servicio en cualquier hora:

“3.B.1. – PEAJES.- ‘Debe permanecer en funcionamiento por sentido, mínimo una caseta, con dos recaudadores y un coordinador. En todo caso deben permanecer en servicio un número de casetas de manera tal que no se presenten colas superiores a cinco vehículos...”

“El concesionario operará la (s) caseta (s) de cobro empleando equipos de conteo y clasificación de vehículos que permitan a él mismo, al Instituto Nacional de Vías y a la interventoría realizar un control permanente y Exacto del volumen y tipo de vehículos que hacen uso del proyecto...”

“3.B.2. – PESAJES.- ‘Debe existir una estación en el proyecto y permanecer en funcionamiento, por sentido, una plataforma, con un fiscal, un operador y un auxiliar. En todo caso deben permanecer en servicio un número de plataformas de manera tal que no se presenten colas superiores a tres vehículos”

“3.B.3. – GRUA ‘Debe permanecer en funcionamiento, una grúa con capacidad suficiente para movilizar vehículos de peso bruto vehicular hasta 60 Tons., con un mecánico”.

---

<sup>285</sup> Modelo Financiero, hoja Op-Ad, columnas U a la AC, filas 1 a 34



“3.B.4. – AMBULANCIA ‘Debe permanecer en funcionamiento, una ambulancia con equipo completo, con un conductor y un auxiliar de enfermería...”

“3.B.5. – INSPECCION DEL TRÁFICO ‘Debe permanecer en funcionamiento, como mínimo por cada 80 kms. De vía o fracción superior a 40 kms., un vehículo, dotado de equipo de comunicación para inspección del tráfico con un inspector.”

“3.B.6. – CENTRO DE CONTROL OPERACIONAL- ‘Debe permanecer en funcionamiento, un centro de control operacional, dotado de equipo de comunicación, con un operador.”

“3.B.7. – VIGILANCIA – ‘Debe permanecer en personal suficiente para vigilancia de instalaciones, recaudos y transporte de los mismos, dotado del equipo necesario para sus labores.”

“3.B.8. – COMUNICACIONES.- ‘Deben permanecer en funcionamiento, por cada calzada, cabinas dotadas de equipo que permita comunicarse con la central de operaciones. El concesionario debe manifestar en la propuesta las condiciones en que lo prestará”.

**La propuesta** de quien resultó adjudicatario y posterior Concesionario, que fue de su autoría, igualmente se atuvo a la aceptación de la normatividad contractual contenida en la Ley 80 de 93, según se puede leer en ella:

“Numeral 9.1 Características generales de la operación:

- 9.1.3 EQUIPOS Y PROCEDIMIENTO QUE SE EMPLEARAN PARA EL MANEJO DEL RECAUDO DEL PEAJE Y MANEJO DEL PRODUCTO MISMO.
- 9.1.4 EQUIPOS Y PROCEDIMIENTO QUE SE EMPLEARAN PARA EL CONTROL DE PESO DE VEHÍCULOS.
- 9.1.5 EQUIPOS Y PROCEDIMIENTOS QUE SE UTILIZARAN PARA EL CONTROL DE VOLUMEN DE TRANSITO.
- 9.1.6 EQUIPOS Y PROCEDIMIENTOS QUE SE EMPLEARNA PARA LOS OPERATIVOS DE VIGILANCIA Y SUPERVISION DEL PROYECTO.

#### INSPECCIÓN DE TRÁFICO

“Se propone la adquisición de dos (2) camionetas Chevrolet Luv, 2300 cc, dotadas de equipo de radio-teléfono para comunicarse en forma periódica...”

“Los equipos estarán dotados tal como lo exigen los pliegos, con lámparas intermitentes, señalización de emergencia, extintores, caja de herramientas, botiquín para primeros auxilios”.

“...Se le dotará a la Policía Vial para el cumplimiento de sus funciones, los siguientes vehículos y motocicletas:

- a.4 Camperos Chevrolet Tropper (Cabinados), con equipo de radio-teléfono.
- b.8 Motocicletas Suzuki de 500 cc.
- c.4 alcoholímetros
- d.4 radares para control de velocidad
- e.50 Conos de señalización vial
- g.30 chalecos reflectivos
- h.12 linternas
- i.4 altoparlantes
- j.4 cajas de herramientas...

- 9.1.7 EQUIPOS Y PROCEDIMIENTOS PROPUESTO PARA LA LIMPIEZA DE LAS ESTACIONES DE PESAJE, ESTACIONES DE PESAJE Y VIAS CONCESIONADAS”.

Ahora bien, en la Cláusula Vigésima Sexta del Contrato de Concesión, las Partes pactaron respecto de los bienes que serían objeto de reversión lo siguiente:

**“CLAUSULA VIGESIMA SEXTA. ENTREGA FINAL.** Al vencimiento de la etapa de operación, los bienes afectados a la concesión del proyecto, en los que se incluyen: los predios para la zona de carretera, la obra civil, calzadas, separadores, intersecciones, estructuras, obras de drenaje, obras de arte y señales, las casetas de peaje y sus áreas de servicio y los equipos instalados para la operación del proyecto, revertirán en favor del INSTITUTO, sin costo alguno, libres de todo gravamen y con un nivel de servicio que alcance una calificación mínima de 4.0 puntos, de acuerdo con las “Normas de Mantenimiento para Carreteras Concesionadas”, que forman parte del pliego de condiciones.

“No obstante el INSTITUTO al vencimiento del periodo de operación, podrá comprar a LA UNION TEMPORAL CONCESIONARIA, los bienes muebles o inmuebles distintos a los enumerados en el párrafo anterior, que sean necesarios para la operación del proyecto. En los que se incluyen: plantas de asfalto, trituradoras, maquinaria de construcción, vehículos y campamentos. De igual forma, reconocerá las mejoras realizadas sobre los predios que conforman la zona de carretera para la instalación de los servicios complementarios que hayan sido autorizados por el INSTITUTO. Las mejoras estarán representadas en construcción de mampostería y cubierta dura. El reconocimiento de las mejoras estará precedido por acta en la que común acuerdo, se fije el valor de las mismas y la forma de pago. LA UNION TEMPORAL CONCESIONARIA, si así lo quisiera, podrá solicitar la ampliación o prórroga de la concesión para la explotación de los servicios complementarios que se hayan instalado. El INSTITUTO, dentro de las normas legales y si lo estima conveniente autorizará esta ampliación.”

En los hechos 31 a 35 de la reforma de la demanda de reconvención se expone el sustento fáctico de las pretensiones en estudio y, en ellos, en esencia, la ANI cita el contenido al respecto de la Licitación Pública N° 005-94, en particular el numeral 1.1.2 *OBLIGACIONES A CARGO DEL CONCESIONARIO*; igualmente se remite al numeral 3. *PARAMETROS DE CONTROL DE SERVICIOS* del Reglamento para la Operación de Carreteras Concesionadas que hace parte del pliego de condiciones y del Contrato de Concesión No. 664 de 1994 y se cita el contenido de la Propuesta de la Unión Temporal Devinorte.

Luego se afirma que la Interventoría del contrato mediante comunicación No. ICITY-039-18 *“determinó el listado de vehículos a ser revertidos y su valoración económica”* y, además, que *“como consecuencia del laudo de seis (6) de octubre de 2016, el concesionario ya logró la TIR pactada como rentabilidad para la ejecución del proyecto, y por tanto no tiene fundamento alguno que ahora pretenda sustraerse de la obligación de revertir todos aquellos vehículos que ha dispuesto para la operación de la vía, más aún cuando dicha conducta va en contravía de la ley.”*

Es necesario advertir que la cláusula en estudio no es un modelo de claridad sino de ambigüedad, y por ello se hace necesario precisar los conceptos de bienes afectos y bienes necesarios con el fin de darle alcance correcto a la cláusula sin alterar la voluntad de las partes y sin desconocer el texto y espíritu de la ley.

Primero, la cláusula menciona cuáles son los bienes revertibles y utiliza la expresión “en ellos se incluye...”, lo cual es indicativo de no tratarse de una lista taxativa sino ejemplificativa, aunque sí indica LA VOLUNTAD bipartita concertar una regulación al respecto.

En la parte final de la cláusula se prevé una situación futura.

“No obstante el Instituto ANI al vencimiento del periodo de operación podrá comprar a la Unión temporal concesionaria, los bienes muebles o inmuebles distintos a los enumerados en el párrafo anterior, que sean necesarios para la operación del proyecto. En los que se incluyen plantas de asfalto, trituradoras maquinarias, de construcción, vehículos y campamentos.”

En este punto preciso es advertir primero una opción a favor de ANI. Por su parte da por sentado que el listado precitado fue taxativo a pesar de haber utilizado la expresión dubitativa e imprecisa de “en los que se incluyen...”. Afirma que se trataría de bienes “necesarios para la operación del

proyecto” y como está señalando su necesidad para los fines de la concesión pues está aceptando que se refiere a aquellos que por su naturaleza, finalidad y afectación son de la concesión y no pueden quedar excluidos a voces del artículo 19 tantas veces citado, al cual se atuvieron las dos partes.

Corresponde entonces para su entendimiento y aplicación tomar en cuenta la naturaleza de los bienes y la finalidad de los mismos. Veamos la trituradora para la preparación de materiales con destino a la construcción, actividad que ya está agotada, plantas de asfalto que son para la construcción y mantenimiento que ya no estará a cargo del concesionario, maquinaria de construcción y, agrega, vehículos y campamentos. La ANI, así lo entendió y por esa razón demandó sólo la reversión de los vehículos camionetas y motocicletas y a ellos redujo su pretensión.

La ANI en su alegato final se refiere a la reversión impetrada, diciendo que la tercera controversia es la relacionada con “la reversión de vehículos que fueron pagados por la ANI por la vía del modelo financiero, exceptuando los vehículos que hicieron parte del Acuerdo Conciliatorio”, valga decir, los camiones recolectores de basura.

Su claridad es meridiana, los pagados solamente por la ANI, y por otra parte admite la interpretación de exclusión mediante pacto *inter partes*, esta vez según lo acordado en el Acuerdo Conciliatorio que excluyó algunos y habría dejado como revertibles los señalados expresamente y por la razón también anotada.

Sí hubo pacto de reversión desde el pliego de condiciones. Por cierto que dice, incluir la carretera lo cual es una obviedad pero agrega “las demás instalaciones y equipos afectados **directamente** a la operación de la misma en estado de funcionamiento y con el nivel de servicio establecido en los pliegos”, lo cual está en concordancia con el Reglamento de Operación de Carreteras que es también la normativa que ayuda al entendimiento del artículo 19 de la Ley 80 de 1993.

La contratación en su Iter muestra en el volumen 6 de la propuesta para operación y mantenimiento del proyecto, en “9.1.3 *equipos y procedimiento que se emplearan para el manejo del recaudo del peaje y manejo del producto mismo ...*” y procede a enlistar unos bienes como necesarios para el fin propuesto.

Al respecto, la comunicación ICITY-039 del 2018 de la Interventoría evidencia el listado de vehículos empleados en la operación del proyecto y sobre los cuales se discute su reversión. Admite su adquisición con dineros de la concesión y practica un ejercicio de cálculo del precio pagado históricamente para traerlo a valor presente, lo cual resulta superfluo, pues existiendo los vehículos son estos los llamados a ser revertidos como dispondrá este Laudo, amén de que resulta exorbitante considerar el pago de una cifra que supere con creces el valor real de los vehículos así fuesen adquiridos nuevos para entregarles en caso de no existir, mucho más cuando su costo de adquisición ya fue amortizado y considerado su modelo y fecha de compra de compra ya presentan obsolescencia tecnológica y mecánica.

La Agencia Nacional de Infraestructura aportó al expediente la referida comunicación ICITY-039-18 de 11 de abril de 2018, dirigida por la Interventoría del Proyecto al Gerente de Proyectos Carretero 2 de esa entidad, en la cual, respecto de la reversión de los vehículos se precisó:

“(…)

“En atención al correo electrónico del pasado 10 de abril, por el cual se solicita certificación de los valores correspondientes a las pretensiones determinadas por parte de la Agencia dentro de la demanda de reconvención al interior del proceso arbitral de INTEGRA DE COLOMBIA S.A.S y otros (DEVINORTE), se presentan de la siguiente forma, con la precisión que tal como se indica en el correo citado, la Interventoría recomienda que en cualquiera de los tres eventos se considere la posibilidad de adelantar el peritaje técnico y/o financiero correspondiente:

(...)

“3. Pretensión Quinta y Sexta Principal: Valor de los bienes a revertir por parte del concesionario.

“Como primera medida se recuerda que en los diferentes comités de fiducia, en desarrollo del procedimiento de reversión se ha solicitado a la Fiduciaria Bancolombia la información relativa a los activos fijos, sin embargo a la fecha no se ha obtenido respuesta por parte de la Fiducia. Como consecuencia de lo anterior, la información presentada a continuación corresponde al cruce de los reportes contenidos en los informes de la fiduciaria y el modelo financiero el cual corresponde a MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MILLONES SEISCIENTOS VEINTIDOS MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS (\$1.384.622.551):

VALOR ACTIVOS FIJOS REVERSIBLES					
VALOR DE COMPRA PICKUPS Y MOTOS				Vr. Compra	Vr. A Marzo/18
Pick up Hilux	Toyota	1/10/2013	HGS 002	70.800.000	87.433.470,45
Pick up Hilux	Toyota	1/10/2013	HGS 003	70.800.000	87.433.470,45
Pick up Hilux	Toyota	1/10/2013	HGS 004	70.800.000	87.433.470,45
Pick up Hilux	Toyota	1/10/2013	HGS 005	70.800.000	87.433.470,45
Pick up Hilux	Toyota	1/10/2013	HGS 006	70.800.000	87.433.470,45
Pick up Hilux	Toyota	1/10/2013	HGS 007	70.800.000	87.433.470,45
Motocicleta	Suzuki	30/01/2008	INC 568	16.990.000	20.981.563,04
Motocicleta	Suzuki	30/01/2008	INC 578	16.990.000	20.981.563,04
Motocicleta	Suzuki	30/01/2008	INC 588	16.990.000	20.981.563,04
Motocicleta	Suzuki	30/01/2008	INC 598	16.990.000	20.981.563,04
Motocicleta	Suzuki	30/01/2008	INC 608	16.990.000	20.981.563,04
Motocicleta	Suzuki	30/01/2008	INC 618	16.990.000	20.981.563,04
Motocicleta	Suzuki	30/01/2008	INC 628	16.990.000	20.981.563,04
Motocicleta	Suzuki	30/01/2008	INC 638	16.990.000	20.981.563,04
TOTAL				560.720.000	692.453.327,02
Nota: Estos vehículos están totalmente depreciados o sea que su valor Libros es cero (sic).					
Valores de 1994 Según Modelo Fro. actualizados por inflación a marzo/18					
Ambulancia					254.941.724
Grúa					349.200.000
Carro taller					88.027.500
TOTAL					692.169.224
TOTAL GENERAL					1.384.622.551

(...)”

La posición de este Tribunal Arbitral concuerda con la contenida en el Laudo proferido el 25 julio 2017 en el proceso arbitral adelantado entre Mintic y los operadores de telefonía celular.<sup>286</sup>

En efecto, la figura es de origen remoto con fundamento político en la inalienabilidad de ciertos bienes y de la soberanía, pero no tratándose de enajenación sino de una cláusula de contenido económico como se comenzó a entender desde 1876 Salgar Wyse con ocasión de la construcción del canal inter oceánico de Panamá. Y en Colombia, la evolución se ha hecho presente desde 1975 con el Decreto 1670; 1976, Decreto 150; 1983, Decreto 222 y, finalmente, con la Ley 80 de 1993 y la Sentencia C-250 de 1996, donde se dijo: “Siendo entonces la cláusula de reversión de carácter contractual producto de una norma jurídica y de un pacto libre y voluntario entre las partes que suscriben el convenio, mal podría especularse, como lo hace el actor, que con ello se desconozca la propiedad privada.”

Es claro que hay unos bienes que no salieron y no son en estricto sentido revertibles sino que siguen siendo del Estado, y la cláusula adquiere sentido respecto de los otros bienes, entre los cuales hay que discriminar autónomamente o de lo contrario se aplica la ley. Hay unos que son definitivamente del proyecto y otros que son útiles al proyecto “que se encuentran vinculados pero en una relación

<sup>286</sup> Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo Arbitral de 25 de julio de 2017. Árbitros Juan Pablo Cárdenas Mejía, María Teresa Palacio Jaramillo y Jorge Pinzón Sánchez.

más lejana a la prestación misma del servicio como son las plantas de asfalto, trituradora, maquinarias de construcción vehículos y camionetas.”

Y como lo solicita la ANI, la estipulación no puede prevalecer en el sentido que se le quiere otorgar por la Parte reconvenida, pues iría por sobre la Ley 80 de 1993 y sobre la jurisprudencia (sentencia C-250 de 1996) que ha precisado el contenido y alcance de la figura de la reversión y menos aun cuando, como en el caso presente, se demostró que el Estado pagó -vía modelo financiero- los vehículos afectados.

Entonces, la Parte reconvenida no puede eludir la entrega de lo que legalmente hace parte del patrimonio de la concesión máxime cuando, como ya se dijo, lo advirtió la Interventoría, fueron adquiridos con cargo a fuente de ingresos de la concesión.

Tampoco es cierto que la Cláusula 26, como lo afirma la reconvenida, sea la única norma reguladora de la reversión en este contrato con exclusión total de las PREVISIONES DE LEY. Ciertamente es que hay unos bienes que por su naturaleza y por haber sido pactado con claridad y porque así se relacionaron para pretenderlos, son revertibles.

En contraste todo bien que pueda identificarse con la finalidad del contrato debe correr con la obligación de revertir en principio, salvo que haya sido excluido expresamente y que no haya sido pagado por la concesión, pues de lo contrario se estaría reteniendo por el concesionario un bien que no le pertenece. Puede entonces en ese caso como es el presente reclamarse los vehículos expresamente relacionados e identificados por ANI para obtener la declaratoria de incumplimiento por el Concesionario, del deber de devolver los bienes o su precio pero como están claramente señalados, en este caso así se ordenará.

Ciertamente no todos los bienes no tienen por natura y en derecho la calidad de revertibles, algunos sí, y con mayor razón si por razón del ejercicio de la autonomía se pacta su reversibilidad en razón a su inclusión y pago de conformidad en el modelo financiero.

La vía será siempre reversible y no vale el pacto en contra. Lo mismo algunos bienes que no son de la infraestructura pero que hacen parte del funcionamiento y servicio adecuado de la obra construida y puesta al servicio público, pues la concesión no termina con la entrega de un inventario con bienes de distinta naturaleza sino una forma de empresa organizadas y en funcionamiento. Ahora bien, pueden las Partes autónomamente, porque acuerdan las condiciones económicas, señalar específicamente bienes que reviertan o los que no. Pero si las partes guardan silencio corresponde al juez aplicar la cláusula que se entiende incluida.

Hay normas imperativas, supletivas y dispositivas. **Las imperativas** no admiten pacto en contra porque contraviene el orden público; la **supletiva** es aquella que se aplica ante el silencio pero pueden las Partes pactar libremente a su manera; y, las **dispositivas**, aquellas que, en caso de silencio de las Partes, se aplican al caso concreto, como por ejemplo las normas testamentarias, temas en los cuales se puede variar pero dentro del límite de la ley.

Ahora bien descendiendo a la naturaleza de la norma reguladora de la cláusula de la reversión tenemos que no constituye un pacto obligatorio, pero hace parte del contrato en los términos de la ley aún sin voluntad de las Partes cuando guardan silencio al respecto y opera porque hace parte del ordenamiento jurídico general. Lo que sí es obligatorio aún dentro del ejercicio de la autonomía de las Partes es “devolver” o revertir o restituir los bienes recibidos para y los creados por y para la concesión porque así lo dispone la ley por la naturaleza y fines y afectación de algunos bienes o porque así se desprende de los pactos económicos y desarrollo del contrato.

No se trata de revertir los costos y gastos asociados a la utilización de dichos bienes, sino el precio o costo de los bienes adquiridos ya que los costos asociados a la utilización hacen parte de la gestión general de la operación.

En el caso presente si se hubiera demandado y probado que la maquinaria, la planta de asfalto, la trituradora y cualesquiera otros bienes se hubieren pagado con cargo a la concesión el Concesionario estaría en el deber de revertirlos pero no fue pedido y tampoco está probado.

Así pues en el caso, no hay duda acerca de deber de revertir los bienes de la concesión por la siguientes razones:

1. La ley así lo determina;
2. Porque no era posible sustraer los bienes demandados en reversión, por la disposición interpartes y porque su naturaleza lo permite dentro de la ley; y,
3. Porque fueron amortizados con recursos contractuales, pues se pagaron según el modelo financiero lo indica.

De otra parte, y en cuanto a la respetable interpretación del Ministerio Público, este Tribunal manifiesta no compartir que la cláusula sea paradigma de claridad, tal como se redactó, y porque la interpretación sobre la materia es la expuesta precedentemente con fundamento adicional en la jurisprudencia de la Corte Constitucional lo mismo que acerca de su validez.

Tampoco comparte el Tribunal la apreciación sobre la pretendida naturaleza indicativa de su “*taxatividad*”, para indicar obligatoriedad. Las normas son imperativas, supletivas o dispositivas. Cuando es permitido porque no son de orden público, o se omiten se aplica la ley supletiva o se pactan de modo dispositivo. Y si no aparece pacto es porque las Partes se atienen a la ley, porque ella se entiende incorporada al contrato. Y si ejercen la autonomía, podrán hacerlo pero dentro del marco permitido por el ordenamiento.

Habiéndose pactado dentro de los límites de la ley no puede entonces predicarse ninguna nulidad y más bien se debe validar dándole el alcance que legal y contractualmente le corresponde respetando la salvedad de la ley en cuanto deberán revertirse “*los bienes directamente afectados*” y “*sin compensación alguna*”. Dicho de otro modo, los bienes no directamente afectados no son objeto de reversión por orden de la ley y las Partes quedan en libertad de pactar libremente sobre los mismos. Y como en el caso presente encontramos unos directamente afectados pues deben revertirse sin compensación, amén de haberse pagado con recursos del contrato.

En la interpretación de esta materia debe entenderse que el contrato es un universo jurídico dentro del cual operan las cláusulas especiales como la de la reversión y que el mismo tiene una economía propia que hace parte de su estructuración económica, de modo que el operador jurídico goza también de espacio para entender y aplicar tanto la ley, tanto el contrato en forma integral.

Con ánimo de claridad sobre la regulación y alcances de la cláusula de reversión cabe preguntarse: si es viable el pacto de reversión, si de ser viable la libertad es absoluta, en caso de omisión procede irremisiblemente el artículo 19, y si se aplica éste cuáles son los bienes afectados a la concesión y útiles para su fin?; cuáles bienes no se pueden desafectar o excluir a título de necesarios y que se convierten en esenciales para la operación o que por la naturaleza jurídica fueron, son y serán del Estado?

Porque lo manda la ley en caso de omisión el contrato que incorpora la ley vigente incluirá a su turno el artículo 19 y se aplicará, como en este caso, atendiendo tanto a la ley como a la autonomía reconocida a las Partes dentro del ámbito que les corresponde.

Decir que la cláusula es manifiesta contraria y violatoria de normas de imperativo cumplimiento por contener una regulación diferente de la legalmente establecida es una afirmación un tanto rígida y para ese juicio debe tenerse apoyo legal y no una simple referencia a otro Laudo por respetable que sea el criterio allí expuesto.

Donde la ley no distingue no distinga el intérprete, así que todas las concesiones y no solo unas gozan del privilegio del pacto dentro del límite legal.

Cuando el legislador prevé que las Partes la estipulen, es porque reconoce su autonomía, de lo contrario, sería repetirse y obligar a las Partes a reproducir el texto de ley lo cual sería absolutamente inútil ya que la ley se aplica por sí misma y se incorpora en el contrato.

Así, en vez de proceder a anular se debe validar la cláusula de reversión y darle el alcance que tiene dentro del marco legal; las cláusulas hay que interpretarlas de modo que dentro de la ley produzcan efectos útiles a la finalidad del contrato y es en ese sentido que debe orientarse a la actividad del operador jurídico.

Y es aquí donde adquiere valor y precisa el reconocimiento que el Ministerio Público valora el criterio rector, según el cual, si los bienes fueron amortizados como lo indica el modelo económico no hay duda ninguna que deben revertirse sin contraprestación.

Según la salvedad consignada por el Concesionario su oposición a la reversión de los vehículos al Estado se funda en su interpretación que hace de la Cláusula Segunda del Contrato de Concesión, que establece que las condiciones expresadas en el Contrato prevalecen sobre cualquiera otra enunciada en los demás documentos contractuales, para con ello significar que lo pactado sobre la reversión en la Cláusula Vigésima Sexta debe prevalecer sobre cualquier otro documento; sin embargo, como se expuso antes, el Tribunal considera que los vehículos cuya reversión se reclama, según la interpretación que ha hecho de esta cláusula, es que están afectos al proyecto y son necesarios para la continuidad de la prestación del servicio en la carretera antes concesionada y por ello deben revertirse a la Nación, además, porque existe prueba no controvertida proveniente de la Interventoría donde se afirma que los bienes fueron pagados con recursos de la concesión y que, además, el valor en los libros contables es cero, es decir que según las normas tributarias fueron depreciados.

Cuando se afirma que los bienes deben revertirse, no es rigurosamente exacta dicha expresión, como ya se explicó, pues unos nunca han podido salir por ser bienes públicos del patrimonio público y por lo tanto solo retornan, lo que implica que no se “adquiere”, así sea sin compensación, lo que nunca dejó de ser de su propiedad y por lo mismo parte del patrimonio público; respecto de los demás bienes, esto es, los nuevos, como las obras ejecutadas y los bienes necesarios y afectos nuevos, no fueron previamente de la administración pero ahora los adquiere en titulación -no por donación y sin “compensación”- sino porque fueron adquiridos conforme al contrato y al modelo financiero con recursos de la concesión. El Estado no se enriquece con bienes ajenos pues sería una confiscación que está prohibida o una donación forzada y, en consecuencia, simplemente se regulariza la titulación de esos bienes.

Históricamente la reversión así llamada respondía al otorgamiento de una “gracia” dispensada por el Estado a modo de permiso o licencia o concesión para explotación de bienes como minas extractivas o espacios para ocupar y explotar, pero cuando se incursiona en la construcción de obras o en la prestación de servicios, la concesión va tomando contornos de verdadero negocio jurídico, cada vez más afinado por las realidades económicas y jurídicas.

En efecto, se han venido sucediendo generaciones de concesiones que denotan el perfeccionamiento de las cláusulas regulatorias y de las normas que fijan los criterios de legislador

en la materia. Ha sido la jurisprudencia la que ha moldeado y muy especialmente el Derecho Administrativo, el que a modo pretoriano busca las soluciones que técnica, jurídica y económicamente interpretan fielmente la finalidad práctica y social de las concesiones en el momento actual.

Precisamente el Modelo Financiero ha venido a incorporarse en los contratos de concesión como un instrumento interpretativo y parte fundamental en su estructura económica, pues impone a las Partes hacer sus cálculos, proyecciones y previsiones financieras dentro de las cuales se desarrollará el contrato sin alentar el desequilibrio financiero pues se trata de un contrato conmutativo donde las dos Partes conocen previamente factores como la estructura de capital, el programa de inversiones, identifica las fuentes de financiación y las posibilidades de retorno (TIR).

La duda se resuelve a favor del concesionario, salvo que más allá del texto literal de la cláusula se encuentre otro elemento de juicio que sea determinante como lo es, en el presente caso, el modelo financiero, que como en el *sub indice* prevalece en efecto.

Excluir los vehículos pudiera ser motivo de interpretación y si bien ellos sí son necesarios para el normal desarrollo del servicio y por lo mismo debieran ser objeto de reversión, lo son aún más teniendo en cuenta su amortización y pago probados.

El concepto de “instalación” es limitante pues si se le da un alcance de ubicación física entonces todo lo portable aunque necesario y útil para el fin podría ser excluido y pactarse la reversibilidad en términos absolutos y ese no es el espíritu de la ley, pues no se recibe una obra sino una empresa en funcionamiento para la prestación de un servicio público en la cual los instrumentos apropiados para el normal desempeño constituyen parte de su integralidad.

La voluntad expresada de los particulares denota común acuerdo en proponer excepciones y pactarlas como lo hicieron pero dentro del marco legalmente permitido. No podrían excepcionar, por ejemplo, ni la vía misma ni los bienes que por naturaleza y destinación y necesidad son consustanciales al servicio. Cómo podrían controlar y atender el flujo el tráfico, los accidentes y/o la vigilancia de la vía sin contar con motos o camionetas ¿obvio que dichos instrumentos hacen parte funcional del fin concesionado imposible de cumplir cabalmente en su ausencia, o sin los servicios de telefonía móvil y fija tampoco sería viable la normal operación del servicio concesionado.

Es esa la razón y la explicación por la cual, excluyeron los demandantes las máquinas que se emplearon para la construcción y reclaman sólo los de la operación.

No es cierto que lo que se compensa es la administración, operación y mantenimiento de los vehículos que comporta existencia y utilización pues la existencia jurídica dentro del contrato se explica por el pago y el pago se encuentra con cargo al Modelo Financiero.

En la comunicación ICITY-039 de 2018 dirigida por la Interventoría al Gerente de Proyectos Carretero 2 de la ANI, aportada el 16 de abril de 2018 con el fin de subsanar la demanda de reconvencción y acreditar cada una de las sumas pretendidas en ésta –documento que no fue controvertido- en la parte referida a la reversión se incluyó, luego de la relación de los bienes, una nota donde se puede leer: “*Estos vehículos están totalmente depreciados o sea que su valor Libros es cero (sic)*”.

En consecuencia, el Tribunal, habiendo analizado la validez de la cláusula contractual, estudiado su y razonado sobre la naturaleza de los bienes revertibles y encontrado prueba fehaciente de que fueron pagados con cargo a la concesión estima favorablemente la pretensión referida a los bienes en concreto, reclamados e identificados para que la concesionaria demandada haga entrega de los mismos a la Parte demandante en reconvencción.



Ya en el caso concreto que nos ocupa y en atención al entendimiento que han dado las partes a su pacto contractual que el Tribunal considera ajustado a ley, y en el entendido de que en últimas deben ser revertidos los bienes reclamados en la pretensión de la contra demanda, se ordenará su entrega previa identificación de los referidos bienes muebles, vehículos automotores que a continuación se enlistan:

	Referencia	Marca	Placa
1	Pick up Hilux	Toyota	HGS 002
2	Pick up Hilux	Toyota	HGS 003
3	Pick up Hilux	Toyota	HGS 004
4	Pick up Hilux	Toyota	HGS 005
5	Pick up Hilux	Toyota	HGS 006
6	Pick up Hilux	Toyota	HGS 007
7	Motocicleta	Suzuki	INC 568
8	Motocicleta	Suzuki	INC 578
9	Motocicleta	Suzuki	INC 588
10	Motocicleta	Suzuki	INC 598
11	Motocicleta	Suzuki	INC 608
12	Motocicleta	Suzuki	INC 618
13	Motocicleta	Suzuki	INC 628
14	Motocicleta	Suzuki	INC 638
15	Ambulancia	ND	ND
16	Carro Taller	ND	ND
17	Grúa	ND	ND

Por las razones expuestas, el Tribunal acogerá la Pretensión Sexta de la reforma de la demanda de reconvencción y declarará que la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO VIAL DEL NORTE DE BOGOTÁ - DEVINORTE** y sus actuales integrantes, deben revertir en favor de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**, y sin costo alguno, la totalidad de los vehículos que están incluidos dentro del modelo financiero del Laudo Arbitral proferido el 6 de octubre de 2016, mediante el cual se resolvieron controversias entre las mismas partes relativas al Contrato de Concesión No. 0664 de 1994, los cuales fueron amortizados con los recursos contractuales y se han identificado atrás en esta providencia.

En razón de lo anterior, se dispondrá que a la ejecutoria de este Laudo Arbitral procedan a efectuar la entrega material y jurídica de los referidos vehículos a título de reversión, tal y como se solicitó en la Pretensión Séptima.

Ahora bien, en consideración a que se ha acogido la Pretensión Sexta Principal procesalmente no resulta posible entrar a resolver sobre la Pretensión “PRIMERA SUBSIDIARIA A LA SÉPTIMA PRINCIPAL”.

6. Análisis de la Pretensión de Condena Octava Principal

“**OCTAVA PRINCIPAL.** Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO VIAL DEL NORTE DE BOGOTÁ** y todos sus integrantes, a pagar en favor de la ANI, el valor de los intereses de mora a la tasa máxima autorizada por la Superintendencia Financiera de Colombia y la correspondiente indexación, sobre las sumas anteriores, hasta la fecha en que se dicte el laudo correspondiente y/o hasta el pago efectivo de la obligación.”

6.1. Los fundamentos de la pretensión

La demanda de reconvencción no presenta fundamento alguno.

## 6.2. La oposición formulada por la Parte Convocada

La Parte Convocante y Convocada en reconvencción se opuso a la pretensión octava de la demanda de reconvencción en relación con el reconocimiento y pago de intereses de mora toda vez que, dijo, estamos en frente de un proceso declarativo en el que, por su propia naturaleza, se discute la existencia de obligaciones contractuales. Por manera que no estamos ante obligaciones claras, expresas y actualmente exigibles sobre las cuales se pueda predicar la mora, a la luz del Derecho aplicable.

Como complemento de lo anterior, en relación con las pretensiones objeto de análisis, la Parte Convocante y Convocada en reconvencción formuló la siguiente excepción:

### **“V.6.- IMPROCEDENCIA DE RECONOCIMIENTO Y PAGO EN FAVOR DE LA ANI DE INTERESES DE MORA**

“Este medio exceptivo se funda en el hecho de que estamos en frente de un proceso declarativo, que no ejecutivo, en el que se discute la existencia y por ende la exigibilidad de ciertas obligaciones, por tanto, mientras no sea declarada la existencia de la obligación y el momento a partir del cual se hace exigible su cumplimiento, no es predicable la existencia de mora.

“Recuérdese que los intereses moratorios tienen como objetivo evitar que el transcurso del tiempo desde que una persona (deudor) incumplió su obligación hasta su satisfacción, perjudique el interés económico de otra (acreedor), intentando evitar que se produzca la depreciación económica de la deuda y el resarcimiento por el daño generado por la tardía solución de la obligación; así, dado que los intereses moratorios pretenden reparar el daño por el retraso en el pago o cumplimiento de una obligación solo proceden cuando se ha declarado el incumplimiento y por tanto, lo que realmente determina el comienzo del devengo de estos intereses es el momento en que el deudor se constituye en mora.

“Para el caso que aquí nos ocupa resulta evidente entonces que el reclamo de intereses de mora impetrado por la **ANI** no procede en tanto y por cuanto a la fecha no existen obligaciones declaradas de las que se pueda predicar incumplimiento y por ende mora en su atención. La prosperidad de la pretensión incoada por la Agencia deberá entonces pasar por el tamiz de que Sus Señorías declaren la existencia y exigibilidad de las supuestas obligaciones a cargo de las Convocantes. Entonces los intereses de mora solo podrían ser exigibles en el evento de que las pretensiones declarativas y de condena sean despachadas favorablemente y a partir de la fecha en que las condenatorias deban ser actuadas.”

## 6.3. Consideraciones del Tribunal

El Tribunal señala que por tratarse de prestaciones materia de un proceso declarativo cuyo reconocimiento sólo adquirirán certeza en virtud de las decisiones que se han de adoptar en este Laudo Arbitral, no procede el reconocimiento de intereses moratorios sobre las sumas que se reconozca le llegare adeudar el Concesionario a la ANI, en concreto, respecto de los ingresos provenientes de la venta de publicidad en las estaciones de peaje.

## 7. La Pretensión de Condena Novena Principal

**“NOVENA PRINCIPAL.** Que se condene en costas y agencias en derecho a la parte convocada en reconvencción.”

Esta pretensión junto con la similar formulada en la demanda arbitral será analizada y resuelta más adelante.

## **E. DEFINICIÓN SOBRE LAS OPOSICIONES O DEFENSAS PLANTEADAS POR LAS PARTES CONTRA SUS MUTUAS DEMANDAS**

En lo que se refiere a las excepciones, oposiciones y/o medios de defensa propuestos por las partes, el Tribunal hace las siguientes consideraciones:

### **1. Definición sobre las oposiciones o defensas planteadas por la entidad convocada contra la demanda arbitral**

Procede, en primer lugar, resolver sobre cada una de las oposiciones o medios de defensa propuestos por la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI-, advirtiéndole que al estudiar cada una de las pretensiones de la demanda arbitral el Tribunal ya se refirió a éstas, en particular la pretensión Primera, y están resueltas; sin embargo, resulta pertinente hacer una mención expresa en este capítulo, así

- 1.1. “5.1. Excepción denominada: “La renuncia de algunas pretensiones por parte de la ANI en el marco del acuerdo conciliatorio suscrito con el concesionario, no configura el desistimiento de que trata el artículo 314 del CGP., toda vez que constituye un pacto procesal y no genera efectos de cosa juzgada.”.

Al resolver la Primera Pretensión de la demanda del Concesionario, el Tribunal encontró probado que mediante el Acuerdo celebrado entre las Partes el 30 de octubre de 2015 la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, desistió de varias pretensiones formuladas por vía de reconvención; sin embargo, la ANI en esta oportunidad pretende desconocer los efectos jurídicos de ese desistimiento.

Precisó el Tribunal, que contrario a lo afirmado por la ANI, mediante el referido Acuerdo Conciliatorio las partes, con concepto previo positivo del Ministerio Público, solucionaron de manera definitiva varias de las controversias que eran materia de debate en sede arbitral y para el efecto desistieron recíprocamente de pretensiones y excepciones; dicho Acuerdo Conciliatorio, sí satisfizo los requisitos de ley, en particular el artículo 314 del CGP que señala que “*El desistimiento implica la renuncia de las pretensiones de la demanda en todos aquellos casos en que la firmeza de la sentencia absolutoria habría producido **efectos de cosa juzgada**. El auto que acepte el desistimiento producirá los mismos efectos de aquella sentencia*”. Por lo tanto, no cabe duda que éste produce los efectos sustanciales y adjetivos que le asignaba el ordenamiento jurídico, no fue lesivo para el patrimonio público, no violó norma alguna del ordenamiento jurídico y se fundó en el acervo probatorio decretado y practicado en ese proceso arbitral en forma regular.

Por lo expuesto no se acogerá este medio de defensa.

- 1.2. “5.2. El acuerdo conciliatorio y el auto aprobatorio NO declararon extinguida la obligación de mantenimiento a cargo del concesionario, ni anuló total ni parcialmente el pliego de condiciones, ni la propuesta del concesionario, ni el contrato con sus apéndices y anexos, de manera que la obligación de mantenimiento sigue incólume y es exigible por parte de la ANI”.

Se advirtió igualmente por el Tribunal al resolver la pretensión Primera de la demanda arbitral que mediante el Acuerdo Conciliatorio aprobado por Auto de 24 de noviembre de 2015, las partes solucionaron varias controversias, para la cual la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, desistió, entre otras, de las pretensiones consistentes en que se declarara que el Pliego de Condiciones del Contrato de Concesión 664 de 1994 estableció la obligación de realizar un

programa de mantenimiento en el que se especificara semestralmente las tareas de mantenimiento rutinario y preventivo; que en el modelo financiero se establecieron mantenimientos periódicos, uno entre los años 2004 a 2005 y otro entre el año 2009 y 2010; que no efectuó el gasto o inversión correspondiente al mantenimiento periódico de los años 2004 – 2005, contrariando el Contrato, y obteniendo un beneficio determinado por el costo de oportunidad que representaba el hecho de no haber realizado la inversión y gasto requeridos para el mantenimiento en el momento contractualmente exigible; y que como consecuencia de lo anterior se ordenara al Concesionario Devinorte pagar a la Agencia Nacional de Infraestructura ANI la suma de \$15.485.500,000 de 2011 o lo que resultare probado, debidamente indexado o actualizado hasta la fecha de pago, bajo los términos y condiciones previstas en el Contrato y la Ley.

También se advirtió que aunque la ANI desistió de la pretensión consistente en que se declarara que en el modelo financiero se establecieron mantenimientos periódicos, uno entre los años 2004 a 2005 y otro entre el año 2009 y 2010, también sólo desistió de la pretensión declarativa de que no efectuó el gasto o inversión correspondiente al mantenimiento periódico de los años 2004 – 2005, porque no se incluyó dentro de sus pretensiones otra que hubiera solicitado declarar que el Concesionario no efectuó el gasto o inversión correspondiente al mantenimiento periódico de los años 2006 en adelante y en particular de los años 2009 a 2010. Luego, la ANI no podía desistir de una pretensión que sencillamente no había formulado.

Se ha precisado en abundancia cuál fue el contenido y alcance del referido Acuerdo Conciliatorio y en ningún momento se ha dicho que éste anuló total o parcialmente el pliego de condiciones, la propuesta del concesionario o el contrato de concesión con sus apéndices y anexos, lo que se ha precisado es que la partes, de común acuerdo, concretaron cuál era el fundamento de la obligación de mantenimiento, de medio y no de resultado, y por tanto, su exigibilidad pendía de que el índice de estado no cumpliera las especificaciones técnicas definidas contractualmente; por ello aunque resulta ser cierto que la obligación de mantenimiento se mantuvo incólume, sólo era posible exigirla al Concesionario si las condiciones de la vía concesionada no mantuvieran el referido índice, el cual, por demás, mediante experticio de parte se determinó que, en promedio, siempre fue superior.

Según lo expuesto se negará este medio de defensa.

- 1.3. “5.3. Excepción denominada “El contrato es ley para las partes y debe ser cumplido de buena fe.”/ “La oferta presentada por el concesionario en el marco de la licitación pública No. 005 de 1994, en cuanto respecta al mantenimiento ofrecido es obligatoria y vinculante tanto para la entidad como para el concesionario, y no constituyen actividades hipotéticas ni sujetas a los estudios y diseños”.

Advierte el Tribunal que al resolver las pretensiones, en particular la referida a la instalación de una capada asfáltica sobre toda la vía concesionada, no encontró probado que el Concesionario hubiere actuado con mala fe en el cumplimiento de las obligaciones emanadas del Contrato de Concesión. Lo que se demostró en este proceso, fue que de forma voluntaria las partes, de común acuerdo, y mediante concesiones recíprocas reflejadas en el desistimiento mutuo de pretensiones y excepciones al interior del anterior proceso arbitral, mediante la suscripción del Acuerdo Conciliatorio concretaron el contenido y alcance de la obligación de mantenimiento, lo que para nada es hipotético pues requiere de la verificación técnica del cumplimiento del índice de estado de la vía.

De conformidad con lo expuesto, igualmente se negará este medio de defensa.

- 1.4. “5.4. Excepción denominada: “El índice de estado de la vía no determina el cumplimiento o no de la obligación de mantenimiento, consistente en colocar una carpeta asfáltica de refuerzo de 5.0 cms., a todo lo largo de la vía”.

El Tribunal tampoco acogerá este medio de defensa por cuanto, como quedó ampliamente explicado al resolver la Primera Pretensión, por cuanto según el Acuerdo Conciliatorio fueron las mismas partes las que interpretaron que la obligación del Mantenimiento Periódico y con ella, la ejecución del Programa de Mantenimiento Periódico, se acordó como una obligación de medio dirigida a obtener y lograr el resultado consistente en mantener las vías concesionadas de manera que durante toda la duración del Contrato exhibieran un Índice de Estado fijado en 4.0., en el Acuerdo conciliatorio las partes .

- 1.5. “5.5. Excepción denominada: “Contrato no cumplido por parte del concesionario”.

Según quedó ampliamente analizado y definido por el Tribunal al resolver la pretensión primera del Concesionario, no siendo obligatoria la instalación de una sobre carpeta asfáltica de 5 cm sobre toda la vía objeto del Contrato de Concesión, salvó que no se cumpliera con el índice de estado de la misma, lo que no se probó y, por el contrario el experticio aportado por la parte convocante determinó que éste era superior en promedio al contractual y técnicamente exigible, no se puede imputar incumplimiento del Concesionario de la referida obligación.

De conformidad con lo expuesto, igualmente se negará este medio de defensa.

- 1.6. “5.5. (sic) Excepción denominada “Violación de la buena fe contractual”.

Como quedó expuesto, no habiéndose probado que el Concesionario hubiera incumplido la obligación de instalar una sobre carpeta asfáltica de 5 cm sobre toda la vía objeto del Contrato de Concesión, porque ésta mantuvo, en promedio, un índice de estado superior al contractualmente requerido, no se le puede imputar que hubiese violado la buena fe contractual, a que se refieren el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción parecida al artículo 1603 del Código Civil.

De conformidad con lo expuesto, igualmente se negará este medio de defensa.

- 1.7. “5.6. Excepción denominada: “Como quiera que el plazo de ejecución y/o la etapa de operación del contrato de concesión No. 0664 de 1994, terminó el 30 de noviembre de 2017, por disposición de laudo arbitral anterior, La Unión temporal Devinorte y todos sus integrantes deben pagar en favor de la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI., el valor correspondiente de la obligación de colocar la sobrecarpeta asfáltica de refuerzo a todo lo largo de la vía, a la ejecutoria del laudo arbitral que ponga fin a este proceso.”.

Se reitera, toda vez que no se demostró por la ANI que el índice de estado de la vía concesionada fuera inferior al contractualmente exigible, ello significa que el Concesionario no incumplió la obligación de mantenimiento en los términos que, de común acuerdo, precisaron las partes en el Acuerdo Conciliatorio, por ende, no procede al pago que se pide ordenar en este medio de defensa y, por ello, tampoco se accederá a él.

- 1.8. “5.7. Excepción denominada “excepción genérica”.

El Tribunal advierte que no ha encontrado ningún hecho o medio exceptivo que permita desestimar las pretensiones de la demanda, en los términos genéricos solicitados por la ANI

## **2. Definición sobre las oposiciones o defensas planteadas por las sociedades integrantes de la unión y por ella misma contra la reforma de la demanda de reconvención**

Enseguida el Tribunal resolverá sobre cada una de las oposiciones o medios de defensa propuestos por el Concesionario y se advierte, igualmente, que al estudiar cada una de las pretensiones de la reforma de la demanda de reconvención el Tribunal igualmente ya se refirió a éstas y están resueltas, no obstante lo cual hará un pronunciamiento expreso sobre ellas en este aparte.

2.1. “V.1.- INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE COLOCAR UNA CARPETA ASFÁLTICA DE REFUERZO A TODO LO LARGO DE LA VÍA CONCESIONADA. COSA JUZGADA. EFECTO DERIVADO DEL DESISTIMIENTO ACTUADO POR LA ANI EN FRENTE DE LAS PRETENSIONES ATINENTES AL PROGRAMA DE MANTENIMIENTO INCLUIDAS DENTRO DE UN ACUERDO CONCILIATORIO Y COBIJADAS POR UN LAUDO ARBITRAL”.

2.2. “V.2.- IMPROCEDENCIA DE LA SOLICITUD DE COLOCAR UNA CARPETA ASFÁLTICA DE REFUERZO A TODO LO LARGO DE LA VÍA CONCESIONADA Y/O DE HACER CUALQUIER RECONOCIMIENTO ECONÓMICO EN SUSTITUCIÓN DE LA COLOCACIÓN DE LA MISMA”.

En capítulo precedente de este Laudo, el Tribunal analizó y resolvió favorablemente la pretensión Primera de la demanda arbitral y, consecuentemente, por ser una pretensión espejo de ésta, se negó la pretensión *PRIMERA PRINCIPAL* de la reforma de la demanda de reconvención, en la que se pedía declarar que el Concesionario tenía la obligación de “poner una carpeta asfáltica de refuerzo de 5.0 cms de espesor a todo lo largo de la vía concesionada, (...)”, así como las Pretensiones SEGUNDA, TERCERA y CUARTA Principales, por cuanto la exigibilidad de esta prestación dependía que no se cumpliera con el índice de estado de la vía concesionada. Y, en la medida que se demostró en este proceso que el referido índice de estado era superior al exigido contractualmente, resulta improcedente exigir el cumplimiento de la obligación en comento o en subsidio la compensación pecuniaria reclamada.

En razón de lo anterior se declararán probados estos dos medios de defensa.

2.3. “V.3.- NO PROCEDIBILIDAD DEL REEMBOLSO DE LOS DINEROS OBTENIDOS POR CONCEPTO DE VENTA DE PUBLICIDAD EN LOS SITIOS DE RECOLECCIÓN DE PEAJE”.

Al resolver favorablemente la Pretensión *QUINTA PRINCIPAL* de la reforma de la demanda de reconvención, el Tribunal determinó que toda vez que el Concesionario obtuvo la remuneración pactada contractualmente, esto es -la TIR del 10.93%- por la ejecución del proyecto hasta el vencimiento del plazo de la Etapa de Operación y en general del Contrato de Concesión, ajustado conforme a la actualización del Modelo Financiero del citado Contrato, en el cual no se incluyeron los recursos percibidos entre el 1º de julio de 2015 y el treinta (30) de noviembre de 2017 provenientes de la venta de publicidad en las estacones de peaje ubicadas en la vía concesionada, por provenir de la explotación de bienes del Estado concesionados, tal y como lo pretende la Convocante en Reconvención, deben ser transferidos a la Agencia Nacional de Infraestructura ANI.

De conformidad con lo expuesto, se negará este medio de defensa.

2.4. “V.4.- CUMPLIMIENTO CABAL DE LA OBLIGACIÓN DE REVERSIÓN DE LOS BIENES AFECTOS AL PROYECTO EJECUTADO COMO RESULTAS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 0664 DE 1994”.

Según se estableció en capítulo precedente, el Tribunal acogió las Pretensiones SEXTA y SÉPTIMA Principales de la reforma de la demanda de reconvencción, por considerar que los vehículos reclamados por la ANI y discriminados por la Interventoría están afectos al aseguramiento de la prestación del servicio que dio lugar al Contrato de Concesión y, además, fueron pagados con recursos de la Concesión y, por lo tanto, deben ser revertidos a la Nación.

De conformidad con lo expuesto, se negará este medio de defensa.

2.5. “V.5.- ACERCA DE LA INTERPRETACIÓN DE LAS ESTIPULACIONES CONTRACTUALES – INTERPRETACIÓN EN FAVOR DEL DEUDOR”.

Al resolver la pretensión SEXTA PRINCIPAL de la reforma de la demanda de reconvencción, el Tribunal se refirió a diversas clases de interpretación de los contratos, dentro de los cuales se encuentra el invocado por el Concesionario, la “*INTERPRETACIÓN EN FAVOR DEL DEUDOR*”, no obstante lo cual se consideró que ésta no era suficiente cuando existían otros medios para dar certeza en caso de que el clausulado del contrato pueda resultar ambiguo o falta de claridad y, por ello, acogió el criterio de interpretación auténtica, por considerarla la regla subjetiva de interpretación por excelencia y ser prevalente frente a otros criterios.

En razón de lo anterior, se negará este medio de defensa.

2.6. “V.6.- IMPROCEDENCIA DE RECONOCIMIENTO Y PAGO EN FAVOR DE LA ANI DE INTERESES DE MORA”.

Luego de analizar la Pretensión OCTAVA PRINCIPAL de la reforma de la demanda de reconvencción, el Tribunal determinó que por tratarse de prestaciones materia de un proceso declarativo cuyo reconocimiento sólo adquirirá certeza en virtud de las decisiones que se han de adoptar en este Laudo Arbitral, no procede el reconocimiento de intereses moratorios sobre las sumas que se reconozca le llegare adeudar el Concesionario a la ANI, en concreto, respecto de los ingresos provenientes de la venta de publicidad en las estaciones de peaje.

En virtud de lo antes expuesto, se declarará probado este medio de defensa.

2.7. “V.7. EXCEPCIÓN GENÉRICA y APLICACIÓN TRANSVERSAL DE LAS EXCEPCIONES, CONTRADICCIONES Y DEFENSAS”.

Por último, el Tribunal advierte que en este proceso no encontró probada la existencia de algún medio exceptivo que pueda enervar las pretensiones de la reforma de la demanda de reconvencción que salieron adelante y que le imponga reconocerlas de oficio.

## F. SOBRE LAS COSTAS

La Parte Convocante solicitó en la demanda arbitral y en la contestación a la reforma de la demanda de reconvención se condenara en costas a su contraparte cuando a ello hubiere lugar, en virtud de que prosperaran las pretensiones o las excepciones de mérito, según fuera el caso. A su turno, la Entidad Convocada solicitó en la contestación de la demanda, y en la reforma de la demanda de reconvención que, por el contrario, se condenara en costas a la Parte actora.

Para resolver el Tribunal advierte que el tema de la condena en costas está regulado por el artículo 365 del Código General del Proceso que, en lo pertinente para este trámite arbitral, dispone:

“1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, (...).  
(...).

“2. La condena se hará en sentencia (...).  
(...).

“5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.  
(...).

“8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.  
(...)”.

El concepto de las costas se refiere a los gastos realizados por las Partes dentro del proceso que se consideren necesarios, útiles y razonables para el desarrollo del mismo y comprende los gastos o expensas, tales como el pago de los honorarios de peritos, de los gastos de traslado de testigos, de los gastos por la práctica de una diligencia fuera de la sede del Tribunal, pago de cauciones y copias, etc. También en el concepto de costas están comprendidas las agencias en derecho, constituidas por los gastos de apoderamiento, los cuales son fijados discrecionalmente por el Tribunal, en aplicación de lo dispuesto en los numerales 3º y 4º del artículo 366 del C.G.P.

Para resolver en este caso, el Tribunal tiene en cuenta que, según se estudió en capítulos anteriores de este Laudo, después del análisis fáctico, jurídico y probatorio que se ha realizado, se acogerán las pretensiones incoadas por la Parte Convocante en la demanda arbitral. Así mismo se tiene en cuenta que algunas pretensiones de la reforma de la demanda de reconvención serán acogidas por el Tribunal y otras no. De igual forma se reconocerán algunas oposiciones o medios de defensa propuestos por cada Parte en contra de sus mutuas demandas y otros no.

En todo caso, el Tribunal destaca que el asunto sometido por las Partes a su conocimiento y decisión corresponde a una controversia jurídica en esencia, lo cual descarta que se hubiera podido presentar temeridad o mala fe de la Parte Convocante por solicitar la intervención del juez natural del Contrato para resolver sobre el alcance y contenido de las mismas, o de la Parte Convocada y Convocante en Reconvención para impetrar las pretensiones que propuso en la demanda de reconvención y su posterior reforma.

Como ha quedado expuesto a lo largo de esta providencia, las posiciones o enfoques disímiles o contrarias de las Partes sobre el tema materia de decisión no se fundan en interpretaciones caprichosas, sino que obedecen al entendimiento que tuvieron sobre el alcance de algunas



obligaciones emanadas del Contrato de Concesión, por lo que fue necesaria la intervención de este Tribunal para precisarlo.

En razón de lo anterior y con fundamento en lo establecido en el numeral 5 del artículo 365 del C.G.P., el Tribunal, atendida la naturaleza de la controversia sometida a su conocimiento y decisión por las Partes, así como la conducta procesal de éstas, que estuvo exenta de mala fe y temeridad, no impondrá condena en costas.

## **G. DE LA APLICACIÓN DE LOS EFECTOS CONTEMPLADOS EN EL ARTÍCULO 206 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO RELATIVO AL JURAMENTO ESTIMATORIO**

El artículo 206 del Código General del Proceso, modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014 y concordante con el numeral 7 del artículo 82 del Estatuto Procesal, establece:

**“Artículo 206. Juramento estimatorio.** Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. (...).

Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.  
(...)

“Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.

“El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento.

(...)

“Parágrafo. También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.

“La aplicación de la sanción prevista en el presente parágrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte.”

Como se puede apreciar, cuando con la demanda se pretenda el reconocimiento y pago de *“una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras”*, deberá realizarse en aquella una estimación razonada de la indemnización pretendida. Dicha valoración constituirá el máximo valor que podría reconocer el Tribunal en el Laudo, salvo que tal estimación fuera objetada por la Parte contraria.

Observa el Tribunal que el requisito contemplado en el artículo 206 del C.G.P. tiene un doble carácter procesal, de un lado, es un requisito de la demanda y, del otro, es un elemento probatorio anticipado de la indemnización o compensación que se pide al juez reconocer.

Pero además de lo anterior, el Legislador ha previsto la posibilidad sancionar al demandante en caso de que incurra en inexactitudes en la estimación de los perjuicios en un monto que exceda el 50% del monto probado; en este caso se le podría condenar al pago de una sanción equivalente al 10% de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada; así mismo, en caso de falta de prueba de los perjuicios, se podrá imponer una sanción del 5% del valor pretendido en la demanda, en ambos casos el destinatario de los recursos será el Consejo Superior de la Judicatura.

Sin embargo, para el Tribunal la imposición de las sanciones antes mencionadas no es automática, sino que está supeditada: i) a que el monto estimado en la demanda exceda del 50% de aquel que resultó probado en el proceso arbitral; ello supone que se logró demostrar, en algún porcentaje, el valor de la indemnización reclamada; ii) que se nieguen las pretensiones indemnizatorias de la demanda por falta de demostración de los perjuicios; y, iii) que la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la Parte.

Una vez conocidas las results de este caso, donde han prosperado las pretensiones incoadas por la Parte Convocante y sólo algunas de las formuladas en la demanda de reconvención reformada, corresponde entonces al Tribunal definir si por ello procede la aplicación de alguna de las sanciones contempladas en el artículo 206 del C.G.P. en este caso.

Al respecto, el Tribunal considera que no obstante el fracaso de algunas de las pretensiones de la demanda de reconvención reformada, algunas declarativas y otras de condena de significativo valor, relacionadas la mayoría con la prestación relativa a la instalación de una sobrecarpeta asfáltica de refuerzo de 5 cm de espesor a lo largo de la vía concesionada, no resulta procedente la aplicación de las sanciones previstas en la norma citada, por cuanto fue necesaria la intervención de este Tribunal para, luego de un extenso debate probatorio, tener plena certeza jurídica, de un lado, sobre si existía o no esa obligación y, del otro, si era necesario que se presentaran o no determinadas circunstancias para su exigibilidad.

En lo que se refiere al debate sobre los ingresos obtenidos por el Concesionario por venta de publicidad, en donde el Tribunal acogió la pretensión de la entidad concedente, la diferencia económica con el monto reconocido, obedeció a la negación al pago de intereses moratorios sobre el capital reconocido por considerarse que se trataba de una pretensión declarativa que solo adquiere firmeza con este laudo arbitral, pero que en parte se compensará con el reconocimiento a la indexación deprecada.

Tiene en cuenta el Tribunal que las partes propusieron un debate jurídico, nada temerario, donde expusieron posiciones antagónicas pero bien fundadas, y si no se acogieron los argumentos de la Entidad concedente no fue por negligencia de su apoderado en la demostración de los supuestos de hecho, de derecho y probatorios de su reclamo, sino porque, por considerarse más ajustada a derecho se aceptó la tesis contraria propuesta por el Concesionario. De otra parte, el contenido y alcance de las pretensiones que no prosperaron, determina la improcedencia de la aplicación de las sanciones de que trata el artículo 206 del C.G.P., tal y como se dispondrá enseguida.

## IV.- DECISIÓN

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal Arbitral convocado por las sociedades integrantes de la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL NORTE DE BOGOTÁ –DEVINORTE-**, esto es, **ÍNTEGRA DE COLOMBIA S.A.S., CASTRO**

**TCHERASSI S.A., CIVILIA S.A., OFINSA INVERSIONES S.A.S., EQUIPO UNIVERSAL S.A., G4S SECURE SOLUTIONS COLOMBIA S.A. - G4S y MINCIVIL S.A.,** para resolver sus controversias con la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI-**, administrando justicia por habilitación de las Partes, en decisión unánime, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

## **RESUELVE**

### **En lo que se refiere a la demanda arbitral presentada por las Sociedades que integran la UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL NORTE DE BOGOTÁ – DEVINORTE**

**PRIMERA:** Negar todas las excepciones propuestas por la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** en contra de la demanda arbitral.

**SEGUNDA:** Declarar que el Concesionario del Contrato de Concesión No. 0664 de 1994, no tiene obligación de colocar una carpeta asfáltica de refuerzo de cinco centímetros (5.0 cm) de espesor a todo lo largo de la vía concesionada, como lo pretende la Entidad Concedente invocando un aparte del texto contenido en el numeral 9.2 -Programa para el Mantenimiento de la Vía-, del Volumen VI Tomo I de la oferta presenta por los partícipes de la prometida **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL NORTE DE BOGOTÁ –DEVINORTE-**, en desarrollo de la Licitación Pública No. 005 de 1994.

**TERCERA:** Declarar que como el Laudo Arbitral de fecha 6 de octubre de 2016, fijó la terminación del plazo contractual para el día 30 de noviembre de 2017, resuelta la controversia sometida a consideración de este Tribunal, la liquidación del Contrato de Concesión No. 0664 de 1994, debe actuarse siguiendo las disposiciones y plazos contenidos en la Cláusula Trigésima Quinta del mismo, incluidos sus Apéndices y anexos, la Ley y los reglamentos aplicables.

**CUARTA:** Declarar que la Convocante y Convocada deberán iniciar y/o proseguir hasta su culminación el proceso de liquidación del Contrato de Concesión No. 0664 de 1994, observando para el efecto los términos y condiciones que regula su Cláusula Trigésima Quinta, sus Apéndices y anexos, la Ley y los reglamentos aplicables.

### **En lo que se refiere a la reforma de la demanda de reconvención presentada por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI-**

**QUINTA:** Declarar probadas las excepciones de mérito formuladas por la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL NORTE DE BOGOTÁ – DEVINORTE** y todos sus integrantes en contra de la reforma de la demanda de reconvención que se denominaron: i) “V.1.- INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE COLOCAR UNA CARPETA ASFÁLTICA DE REFUERZO A TODO LO LARGO DE LA VÍA CONCESIONADA. COSA JUZGADA. EFECTO DERIVADO DEL DESISTIMIENTO ACTUADO POR LA ANI EN FRENTE DE LAS PRETENSIONES ATINENTES AL PROGRAMA DE MANTENIMIENTO INCLUIDAS DENTRO DE UN ACUERDO CONCILIATORIO Y COBIJADAS POR UN LAUDO ARBITRAL”. ii) “V.2.- IMPROCEDENCIA DE LA SOLICITUD DE COLOCAR UNA CARPETA ASFÁLTICA DE REFUERZO A TODO LO LARGO DE LA VÍA CONCESIONADA Y/O DE HACER CUALQUIER RECONOCIMIENTO ECONÓMICO EN SUSTITUCIÓN DE LA COLOCACIÓN DE LA MISMA”. iii) V.6.- IMPROCEDENCIA DE RECONOCIMIENTO Y PAGO EN FAVOR DE LA ANI DE INTERESES DE MORA”.

Negar las demás excepciones de mérito formuladas por la Parte Reconvenida.

**SEXTA:** Declarar que de conformidad con el Modelo Financiero del Laudo arbitral de 6 de octubre de 2016, el Contrato de Concesión No. 0664 de 1994, celebrado con **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL NORTE DE BOGOTÁ – DEVINORTE**, contaba con las provisiones financieras pertinentes para atender la obligación de mantenimiento periódico, bajo el entendido de que en dicho Modelo Financiero no se previó, por separado y de manera adicional, provisiones financieras para atender la colocación de sobrecarpetas asfálticas, entre ellas una, en los años 2009 - 2010.

**SÉPTIMA:** Declarar que la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL NORTE DE BOGOTÁ - DEVINORTE** y todos sus integrantes, deben devolver y/o pagar a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**, los ingresos que obtuvo por concepto de venta de publicidad en la vía concesionada en los sitios de recolección de peaje (Los Andes, Fusca y Teletón), que corresponde al valor certificado por la Fiduciaria Bancolombia de los ingresos registrados en la contabilidad del Fideicomiso del Proyecto por Publicidad, en el período del 1° de julio de 2015 al 30 de noviembre de 2017, esto es, la suma de \$ 4.076.774.590, a la cual deberá restársele el valor del IVA, que no constituye un ingreso sino un recaudo a favor del sujeto activo de la obligación tributaria, y descontarse \$ 1.159.717.736, IVA incluido, que corresponde a los gastos asociados a estos ingresos durante el mismo periodo. Dicha suma deberá actualizarse a la fecha del pago, utilizando el IPC publicado por el DANE.

**OCTAVA:** Declarar que la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL NORTE DE BOGOTÁ - DEVINORTE** y sus actuales integrantes, deben revertir en favor de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**, y sin costo alguno, la totalidad de los vehículos que están incluidos dentro del modelo financiero del Laudo Arbitral proferido el 6 de octubre de 2016, mediante el cual se resolvieron controversias entre las mismas partes relativas al Contrato de Concesión No. 0664 de 1994, los cuales fueron amortizados con los recursos contractuales y se identificaron en la parte motiva de esta providencia.

**NOVENA:** En consecuencia de lo anterior, ordenar a la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL NORTE DE BOGOTÁ - DEVINORTE** y sus actuales integrantes, efectuar la entrega material y jurídica de los referidos vehículos a título de reversión, a la ejecutoria de este Laudo Arbitral.

**DÉCIMA:** Negar las demás pretensiones de la demanda de reconvenición reformada.

#### Otras decisiones comunes

**UNDÉCIMA:** Ordenar la devolución al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, del expediente físico del proceso arbitral identificado con el número de radicación N° 2975, que fuera convocado ante ese Centro por las sociedades **CANO JIMÉNEZ ESTUDIOS S.A., CASTRO TCHERASSI S.A., CIVILIA S.A., OFINSA INVERSIONES S.A.S, EQUIPO UNIVERSAL S.A., G4S SECURE SOLUTIONS COLOMBIA S.A. -G4S- y MINCIVIL S.A.**, integrantes de la **UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL NORTE DE BOGOTÁ - DEVINORTE**, para resolver sus controversias con la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI-** derivadas del **CONTRATO DE CONCESION NÚMERO 0664 DE 1994**, el cual fue puesto a disposición de este Tribunal, como prueba trasladada, con comunicación de 22 de octubre de 2018.

**DUODÉCIMA:** Declarar que, por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo, no hay lugar a imponer en este trámite arbitral las sanciones previstas en el artículo 206 del Código General del Proceso.

**DÉCIMA TERCERA:** Declarar que no hay lugar a imponer condena en costas.

**DÉCIMA CUARTA:** Ordenar la expedición, por Secretaría, de copia auténtica de este Laudo a cada una de las Partes, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, con las constancias de ley.

**DÉCIMA QUINTA:** Ordenar el envío de copia de este Laudo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

**DÉCIMA SEXTA:** Disponer que, en su oportunidad, se devuelva, para su archivo, el expediente contentivo de este proceso arbitral al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

**Notifíquese y Cúmplase.**

**JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR**  
Árbitro Presidente

**MIGUEL HERNANDO GONZÁLEZ RODRÍGUEZ**  
Árbitro

**JÉSUS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS**  
Árbitro

**PEDRO ORLANDO GARAVITO VALENCIA**  
Secretario